

Das Arbeitsgesetz und die Verwaltungs- rechtspflege im Bund und im Kanton Zürich

Dissertation

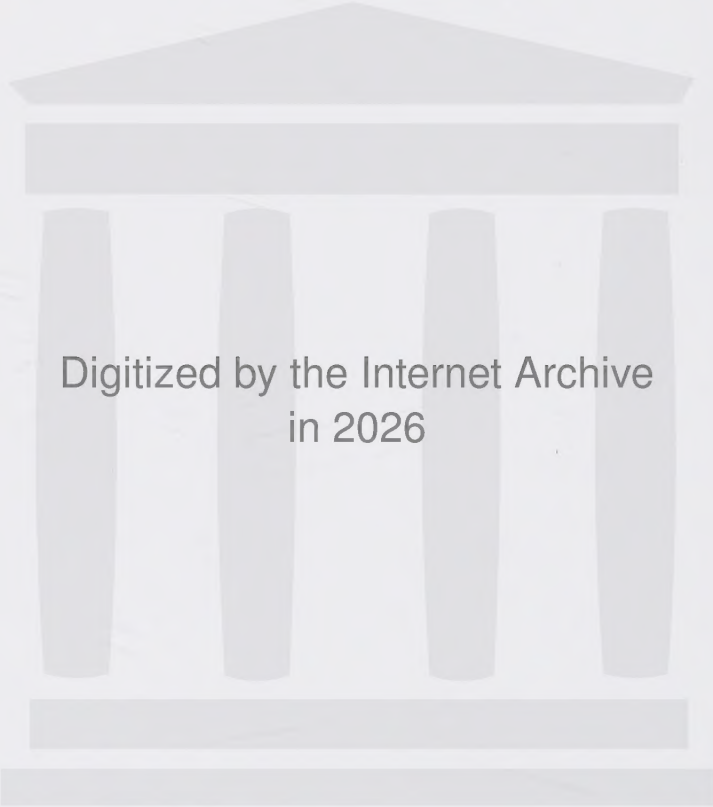
**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Daniel Elias Gundelfinger
von Günsberg SO und Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinden

Verlag Rügger CH-8253 Diessenhofen 1983



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507202_0004

Das Arbeitsgesetz und die Verwaltung- rechtspflege im Bund und im Kanton Zürich

Dissertation

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Daniel Elias Gundelfinger

von Günsberg SO und Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

Verlag Rüegger CH-8253 Diessenhofen 1983

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 23. Februar 1983

Der Dekan:

Prof. Dr. E. Stark



© Verlag Rügger CH-8253 Diessenhofen 1983

ISBN 3 7253 0189 1

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	XIV
Abkürzungsverzeichnis	XV
I. ABSCHNITT: EINLEITUNG	1
1. Kapitel: Historisches zur Verwaltungsrechtspflege	1
§ 1: Englisches System	2
§ 2: Französisches System	2
§ 3: Deutsches System	3
2. Kapitel: Gesetzgebung auf dem Gebiet der Verwaltungs- rechtspflege der Schweiz im 20. Jahrhundert	6
§ 4: Entwicklung im Bund bis 1968	
1. Verwaltungsgerichtsbarkeit	6
2. Verwaltungsverfahren	9
§ 5: Neuordnung der Bundesverwaltungsrechtspflege von 1968	10
§ 6: Entwicklung in den Kantonen	12
1. Kanton Zürich	12
2. Andere Kantone	14
§ 7: Kantonale Verwaltungsrechtspflege der Gegenwart im Ueberblick	15
3. Kapitel: Geschichte des Arbeitsschutzes in der Schweiz	18
§ 8: Bundesgesetze im Bereich des Arbeitsschutzes vor 1964	18
§ 9: Kantonale Arbeitsschutzgesetze vor 1964	20
§ 10: Entstehung des Arbeitsgesetzes	21
4. Kapitel: Problemstellung und Zielsetzung	24
§ 11: Arbeitsgesetzliche und allgemeine Bundesverwaltungsrechtspflege	24

§ 12:	Arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone	27
§ 13:	Zielsetzung dieser Arbeit	29
II. ABSCHNITT:	ALLGEMEINES ZUR VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE	31
1. Kapitel:	Vorbemerkungen	32
§ 14:	Verwaltungsrecht und Verfassung	32
§ 15:	Bundesrechtliche Grundsätze des Verwaltungs- (rechtspflege)verfahrens und ihre Auswirkungen auf kantonales Verfahrensrecht	34
1.	Die wichtigsten verfassungs- und verwal- tungsrechtlichen Grundsätze	35
1.1.	Legalitätsprinzip	37
1.2.	Anspruch auf rechtliches Gehör	38
1.3.	Anspruch auf Rechtspflege	39
1.3.1.	Anspruch auf gerichtliche Rechtspflege	41
1.3.2.	Anspruch auf rechtmässige Zusammensetzung der Rechts- pflegeinstanz	43
1.3.3.	Anspruch auf Ausstand befan- gener Mitglieder der Rechts- pflegeinstanz	44
1.4.	Anspruch auf unentgeltliche Rechts- pflege und Vertretung	45
1.5.	Verbot der Vereitelung von Bundesrecht	46
2.	Beeinflussung des kantonalen Verfahrensrechts durch Bundesverfassungs- und Bundesverwal- tungsrecht	50
2. Kapitel	und	
§ 16:	Aufgaben der Verwaltungsrechtspflege	52
3. Kapitel:	Die Verfügung im Verwaltungsrechtspflege- verfahren	55

§ 17:*	Verfügungsbegriff	55
1.	Verfügungsbegriff im Arbeitsgesetz	55
2.	Verfügungsbegriff des Bundesverwaltungs- rechtspflegeverfahrens	57
3.	Verfügungsbegriff im Zürcher Verwal- tungsrechtspflegegesetz	59
4.	Zusammenfassung	61
§ 18:	Formen verfügungsähnlicher Verwaltungs- handlungen	62
1.	Verwaltungsverordnungen	63
2.	Allgemeinverfügungen	65
3.	Verfügungssurrogate	66
§ 19:	Funktionelle Stellung der Verfügung in den einzelnen Verfahrensabschnitten der Ver- waltungsrechtspflege	67

III. ABSCHNITT: VOLLZUG UND RECHTSPFLEGE DES ARBEITS- GESETZES 71

1. Kapitel: Vollzugs- und Rechtspflegebehörden des Arbeitsgesetzes 72

§ 20:	Vollzugsbehörden des Bundes und des Kantons Zürich	72
1.	Vollzugsbehörden des Bundes und ihre Kompetenzen	74
1.1.	Vollzugskompetenzen des Bundesrates	74
1.2.	Vollzugskompetenzen des EVD	75
1.3.	Vollzugskompetenzen des BIGA	76
1.4.	Vollzugskompetenzen der Eidgenössi- schen Arbeitsinspektorate und des Arbeitsärztlichen Dienstes	77
1.5.	Vollzugskompetenzen der Fachinspek- torate und Sachverständigen	79
2.	Vollzugsbehörden des Kantons Zürich und ihre Kompetenzen	80

2.1. Vollzugskompetenzen der	
Direktion der Finanzen	82
2.2. Vollzugskompetenzen der	
Direktion der Volkswirtschaft	82
2.3. Zusammenfassung	83
§ 21: Rechtspflegeinstanzen im Bund und im Kanton	
Zürich	84
1. Eidgenössische Rechtspflegeinstanzen	
gemäss ArG und VwVG/OG	84
1.1. Rechtspflegekompetenzen des	
Bundesgerichtes	84
1.2. Rechtspflegekompetenzen des	
Bundesrates	88
1.3. Rechtspflegekompetenzen des EVD	90
1.4. Rechtspflegekompetenzen des BIGA	92
1.5. Zusammenfassung	92
2. Rechtspflegeinstanzen des Kantons Zürich	
gemäss ArG und kantonalen Vorschriften	93
2.1. Der Regierungsrat als Rekursinstanz	
i.S. von Art. 56 I ArG	94
2.2. Der Regierungsrat als letzte kantonale	
Instanz i.S. von Art. 57 ArG	96
2.3. Ursprüngliche Ordnung der arbeits-	
gesetzlichen Verwaltungsrechtspflege-	
instanzen im Kanton Zürich	98
2. Kapitel: Prozessmittel der arbeitsgesetzlichen	
Verwaltungsrechtspflege	100
§ 22: Unterscheidung der verwaltungsrechtlichen	
Prozessmittel in Rechtsmittel und Rechtsbehelfe	101
§ 23: Prozessmittel der internen Bundesverwaltungs-	
rechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegen-	
heiten	103
1. Rechtsmittel	104

1.1. Rechtsverweigerungs- und Rechts-	
verzögerungsbeschwerde	105
1.2. Revision	107
1.3. Erläuterung	108
2. Rechtsbehelfe	108
2.1. Wiedererwägung	109
2.2. Aufsichtsbeschwerde	111
§ 24: Prozessmittel der externen Bundesverwaltungs-	
rechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegen-	
heiten	116
1. Revision	117
2. Erläuterung	118
3. Rechtsverweigerungs- und Rechtsver-	
zögerungsbeschwerde	119
§ 25: Prozessmittel der kantonalzürcherischen	
Verwaltungsrechtspflege in arbeitsgesetzlichen	
Angelegenheiten	120
1. Rekurs	121
2. Einsprache	122
3. Rechtsverweigerungs- und Rechtsver-	
zögerungsbeschwerde	123
4. Revision	124
5. Erläuterung	125
6. Wiedererwägung	126
7. Aufsichtsbeschwerde	127
§ 26: Rechtsmittel der arbeitsgesetzlichen Ver-	
waltungsrechtspflege im Vergleich	132
1. Ordentliche und ausserordentliche	
Rechtsmittel	133
2. Vollständige und unvollständige	
Rechtsmittel	135
3. Rechtsmittel mit oder ohne Suspensiveffekt	137

3. Kapitel:	Beschwerdelegitimation und reformatio in peius vel melius in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege	142
§ 27:	Beschwerdelegitimation in der arbeitsgesetz- lichen Verwaltungsrechtspflege	143
1.	Beschwerdelegitimation gemäss ArG und VwVG/OG	144
2.	Beschwerdelegitimation in arbeitsgesetzli- chen Verwaltungsrechtspflegeverfahren der Kantone	148
3.	Beschwerdelegitimation im einzelnen	151
3.1.	Legitimation der Betroffenen	
	gemäss Art. 58 I ArG	151
3.1.1.	Beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer	152
3.1.2.	Andere Personen	154
3.1.2.1.	Legitimation Dritter	155
3.1.2.2.	Legitimation des Gemeinwesens	156
3.1.2.3.	Legitimation von Behörden	157
3.2.	Legitimation von Verbänden	
	gemäss Art. 58 I ArG	158
3.2.1.	Verbandsbeschwerde	159
3.2.2.	Gesetzliche Legitimation von Verbänden	160
3.3.	Behördenbeschwerde gemäss Art. 103 lit. b OG	161
3.4.	Legitimation zur Anzeige und Auf- sichtsbeschwerde gemäss Art. 54 ArG	163
3.4.1.	Anzeigelegitimation gemäss Art. 54 I ArG	163
3.4.2.	Aufsichtsbeschwerdelegitimation gemäss Art. 54 II ArG	166
§ 28:	Reformatio in peius vel melius in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege	167

1. Reformatio in der Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich	168
2. Reformatio im Bundesverwaltungsrechts- pflegeverfahren	169
4. Kapitel: Die wichtigsten Rechtsmittelverfahren in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege	170
§ 29: Verbindung der wichtigsten arbeitsgesetz- lichen Rechtsmittelverfahren	171
1. Verfügungen gemäss Art. 50 I ArG und VwVG/OG	174
1.1. Verfügungen kantonaler Arbeitsbehörden	174
1.2. Verfügungen eidgenössischer Arbeitsbehörden	176
2. Rechtsmittelentscheide gemäss Art. 50 I und 56 II ArG sowie VwVG/OG	179
2.1. Arbeitsgesetzliche Rechtsmittelent- scheide einer Bundesinstanz	179
2.1.1. Bundesverwaltungsbehörden	179
2.1.2. Bundesgericht	180
2.2. Arbeitsgesetzliche Rechtsmittelent- scheide kantonaler Instanzen	181
§ 30: Regelung der wichtigsten arbeitsgesetzlichen Rechtsmittelverfahren	184
1. Rechtsmittelschrift	184
2. Fristwahrung	187
3. Unentgeltliche Rechtsmittelverfahren	188
IV. ABSCHNITT: ANFECHTUNG ARBEITSGESETZLICHER VERFUEGUNGEN IM EINZELNEN	189
1. Kapitel und	
§ 31: Grundsätze der sachlichen und funktionellen Kompetenzordnung in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege des Bundes	190

1. Sachliche Kompetenzordnung gemäss Art. 99-101 OG	191
2. Funktionelle Kompetenzordnung gemäss VwVG/OG	192
2. Kapitel: Ordentliche Rechtsmittelverfahren gegen die verschiedenen arbeitsgesetzlichen Verfügungen	194
§ 32: Verfügungen zürcherischer Arbeitsbehörden	195
1. Arbeitsgesetzliche Verfügungen im einzelnen	195
1.1. Plangenehmigungen und Betriebs- bewilligungen	195
1.2. Arbeitszeitbewilligungen	197
1.3. Jugendarbeit	198
1.4. Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes	198
1.5. Aufsichtsmaßnahmen	199
1.5.1. Abmahnungen	199
1.5.2. Verfügungen mit Strafandrohung	200
1.6. Prüfung von Betriebsordnungen	201
1.7. Vollstreckungsmaßnahmen	202
1.8. Besondere Massnahmen des Verwaltungszwanges	202
2. Anfechtung der arbeitsgesetzlichen Verfügungen mit Rekurs	204
3. Anfechtung der Rekursentscheide im Bund	204
3.1. Anfechtung der Rekursentscheide mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde	205
3.1.1. Rekursentscheide über Arbeits- zeit- und Jugendarbeitsbewilli- gungen sowie Unterstellungs- verfügungen	205
3.1.2. Rekursentscheide über Verfü- gungen des arbeitsgesetzlichen Verwaltungszwanges	206
3.2. Anfechtung der Rekursentscheide mit Verwaltungsbeschwerde	209

3.2.1. Rekursentscheide über Plange-	
nehmungen und Betriebsbe-	
willigungen	209
3.2.2. Rekursentscheide über Verfü-	
gungen des arbeitsgesetzlichen	
Verwaltungszwanges	212
§ 33: Verfügungen von Bundesarbeitsbehörden	213
1. Arbeitsgesetzliche Verfügungen im einzelnen	213
1.1. Verfügungen der Eidgenössischen	
Arbeitsinspektorate und des Arbeits-	
ärztlichen Dienstes	213
1.2. Verfügungen des BIGA	214
1.2.1. Unterstellungsverfügungen	215
1.2.2. Arbeitszeitbewilligungen	216
1.2.3. Jugendarbeit	216
1.2.4. Verfügungen des arbeitsgesetz-	
lichen Verwaltungszwanges	217
2. Anfechtung der arbeitsgesetzlichen Ver-	
fügungen im Bund	218
2.1. Verfügungen der Eidgenössischen	
Arbeitsinspektorate und des Arbeits-	
ärztlichen Dienstes	218
2.2. Verfügungen des BIGA	220
2.2.1. Unterstellungsverfügungen	220
2.2.2. Andere Verfügungen	220
2.2.2.1. Arbeitszeit- und Jugend-	
arbeitsbewilligungen	221
2.2.2.2. Verfügungen des arbeits-	
gesetzlichen Verwaltungs-	
zwanges	221
2.2.2.3. Beschwerdeentscheide des	
BIGA	222
Schlussbemerkungen	223

LITERATURVERZEICHNIS

(allgemeine Literatur)

Thomas FLEINER-GERSTER	Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (2. Auflage, Zürich 1980)
Fritz GYGI	Bundesverwaltungsrechtspflege (Bern 1979)
Walther HUG (Herausgeber)	Kommentar zum Arbeitsgesetz (Bern 1971)
Alfred KOELZ	Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (Zürich 1978)
Peter SALADIN	Das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes (Basel/Stuttgart 1979)

Zitierweise

Die massgebliche Literatur ist jeweils am Anfang eines Kapitels unter Angabe eines Stichwortes angeführt; ebenso die verwendeten Materialien. Andere und nicht häufig zitierte Literatur ist in den Anmerkungen angegeben.

Verweisungen

Innerhalb dieser Arbeit wird nach Paragraphen und Ziffern verwiesen. Verweisungen ohne Angabe eines Paragraphen beziehen sich auf denjenigen, in welchem sie stehen; Verweisungen auf Noten (N) beziehen sich auf die entsprechende Stelle im Text. Verweisungen auf Anmerkungen (Anm.) ohne weitere Angaben beziehen sich auf das entsprechende Kapitel.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	am Anfang; anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
aFG	Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken (Fabrikgesetz) vom 23. März 1877
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung(en)
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964
ArGVO I	Verordnung I zum Arbeitsgesetz (Allgemeine Verordnung) vom 14. Januar 1966
ArGVO II	Verordnung II zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern) vom 14. Januar 1966
ArGVO III	Verordnung III zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge und Unfallverhütung in industriellen Betrieben, gestützt auf Art. 40 ArG und Art. 131 KUVG) vom 26. März 1969
ArGVVO	Zürcher Vollziehungsverordnung zum Arbeitsgesetz vom 27. Januar 1966
Art.	Artikel (im Singular oder Plural)
AS	Sammlung der Eidgenössischen Gesetze (Titel seit 1969)
BBl.	Bundesblatt
betr.	betreffend
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts; Amtliche Sammlung
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BRB	Bundesratsbeschluss
BV	Bundesverfassung vom 29. Mai 1874

BVE	Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (Bern 1977)
bzw.	beziehungsweise
dens.	denselben
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
d.i.	das ist
Diss.	Dissertation
EG ZGB	Zürcher Einführungsgesetz vom 2. April 1911 zum ZGB
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950
Erw.	Erwägung(en)
ev.	eventuell
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EzArG	Bundesrätlicher Entwurf zum Arbeitsgesetz vom 30. September 1960
EzOGRév.	Bundesrätlicher Entwurf zur Revision des OG vom 24. September 1965
EzVwVG	Bundesrätlicher Entwurf zum Bundesverwaltungsverfahrensgesetz vom 24. September 1965
f./ff.	folgende (Seite, Note usw./Seiten, Noten usw.)
FG	Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken (Fabrikgesetz) vom 18. Juni 1914
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Bonner Grundgesetz) vom 23. Mai 1949
GVG	Zürcher Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976
i.a.	im allgemeinen
i.A.	in Anwendung

i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.	im Sinne; in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
KIGA	Zürcher Kantonales Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
KUVG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911
KV	Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich (Kantonsverfassung) vom 18. April 1869
lit.	littera(e) = Buchstabe(n)
m.a.W.	mit anderen Worten
N	Note(n); Fussnote(n)
NF	Neue Folge
Nr.	Nummer
o.D.	ohne Datumsangabe
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943/20. Dezember 1968
OGRR	Zürcher Gesetz betreffend Organisation und Geschäftsordnung des Regierungsrates und seiner Direktionen vom 26. Februar 1899/5. April 1981
o.O.	ohne Ortsangabe
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Pra.	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
S.	Seite(n)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

Sten.Bull. (NR, StR)	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung; seit 1966: Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat, Ständerat)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StPO	Zürcher Strafprozessordnung vom 4. Mai 1919
SUA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
u.v.m.	und viele(s) mehr
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (Bern)
VEzArG	Gesetzesentwurf für ein Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Handwerk, Handel, Verkehr und verwandten Wirtschaftszweigen (Arbeitsgesetz) vom Dezember 1950
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vol.	volume = Band
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Bern); seit Heft 32 (1964/65) Fortsetzung der VEB
VRG	Zürcher Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 24. Mai 1959
VStG	Zürcher Gesetz über die Streitigkeiten im Verwaltungsfache vom 23. Juni 1831
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer (Berlin)
VVO	Vollziehungsverordnung
VwVG	Bundesgesetz über das administrative Verfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 20. Dezember 1968
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)

ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZPO	Zürcher Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

I. ABSCHNITT

EINLEITUNG

Ohne Kenntnis der Entwicklung der Rechtspflege in Verwaltungssachen, zu denen auch das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 gehört, ist die Vielfalt der heutigen Systeme nur schwer zu begreifen. Deshalb beginnt diese Arbeit mit einem kurzen Blick in die legislatorische Vergangenheit der Verwaltungsrechtspflege und des Arbeitsschutzes der Schweiz.

1. KAPITEL

HISTORISCHES ZUR VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

LITERATUR: Thomas FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (2. Auflage, Zürich 1980; zit. Grundzüge) § 24 N 1-22.

Die Geschichte des Verwaltungs(rechtspflege)verfahrens brachte für Europa ein englisches, ein französisches und ein deutsches System.

§ 1 ENGLISCHES SYSTEM

Im Englischen Königreich galt der Satz: The King can do no wrong! (1) Folglich gab es zunächst keine Ueberprüfung seiner Tätigkeit oder der Handlungen seiner Beamten. Diese letztere entwickelte sich erst im 17. Jahrhundert. Handelten die Beamten ausserhalb ihres gesetzlichen Auftrages, konnten sie sich nicht auf die Unanfechtbarkeit des Königs berufen. Der Bürger konnte dann gegen sie persönlich vorgehen und sie nötigenfalls einklagen. Dieselben Gerichte beurteilten Klagen zwischen Bürgern und solche zwischen Bürgern und Beamten. Daher kennt England im Verwaltungsrecht keine Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht (2).

§ 2 FRANZOESISCHES SYSTEM

Die Verwaltungsrechtspflege in Frankreich, wo wie in Grossbritannien das Prinzip der Unfehlbarkeit des Königs gegolten hatte, begann mit der Schaffung des Conseil d'Etat. Napoleon rief diese Institution ins Leben, um durch sie Regierungsentscheide gegenüber den Bürgern rechtfertigen zu lassen (3). Deshalb war der Conseil d'Etat – an den Anforderungen des Prinzips der Gewaltentrennung gemessen – kein von der Verwaltung unabhängiges Gericht, sondern eine der Behörde unter- oder (im besten Fall) nebengeordnete Verwaltungsinstitution (4).

1) Sir William BLACKSTONE/Robert Malcolm KERR, The Commentaries on the Laws of England, Vol. I (fourth edition, London 1876) 216.

2) Vgl. FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 24 N 4.

3) Vgl. FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 24 N 6.

4) Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde vom 24. September 1965, BBl. 1965 II 1265 ff., 1292.

Von dieser bevormundeten Stellung und der blossen Legitimationsfunktion löste sich der Conseil d'Etat im Laufe des 19. Jahrhunderts und wurde wenigstens funktionell zu einer ausserhalb der Verwaltung stehenden Beschwerdeinstanz - zu einem eigentlichen Verwaltungsgericht also. Es gab keine sachlichen Einschränkungen; jede Verwaltungssache konnte vor den Conseil d'Etat gebracht werden. Die Verwaltungsrechtspflege wiederum war das Monopol dieser Institution; Zivilgerichte hatten und haben im Bereich des Verwaltungsrechts in Frankreich keinerlei Spruchkompetenzen. Die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht ist konsequent.

§ 3 DEUTSCHES SYSTEM

Auch die Entwicklung in Deutschland und in der Schweiz war zunächst gezeichnet durch eine eher unantastbare Position des Kaisers. Aber dort, wo der Kaiser und seine Beamten in private Rechte der Bürger eingriffen, fand eine Kontrolle durch Zivilgerichte statt. Wenn der Kaiser z.B. Eigentum wegnahm, handelte er wie ein Privater aus eigenem Interesse und unterstand somit der zivilen Gerichtsbarkeit.

Das Resultat dieser Entwicklung war die Zweiteilung des Verwaltungsrechts. Das Verwaltungsvermögen unterstand, da es den staatlichen Interessen diente, keiner Kontrolle. Das Privatvermögen des Herrschers hingegen, welches wie sein privatrechtliches Handeln "Fiskus" genannt wurde, unterstand der Kontrolle durch Zivilgerichte. Ueberbleibsel dieser Fiskustheorie finden wir noch heute in der Schweiz dort, wo (kantonale) Zivilgerichte über Enteignungen und vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Staat entscheiden, sowie auch in Art. 41 f. OG, wo für zivilrechtliche Klagen Privater gegen den Bund oder gegen einen Kanton die ausschliessliche Zuständigkeit des Bundesgerichts als Zivilgericht statuiert wird. Eine weitere Spur findet man in Art. 61 OR, der die "Verantwortlichkeit öffentlicher Beamter und Angestellter" behandelt.

§ 3

Durch die Erweiterung des Rechtsschutzes im Rahmen des öffentlichen Rechts schwand jedoch die Bedeutung der Fiskustheorie (5). Schrittmacher dieser Entwicklung war in der Schweiz u.a. das Steuerrecht, insbesondere die im Kanton Zürich eingeführte Steuerrekurskommission, auf die weitere folgten. Diese Rekurskommissionen hatten zwar nur auf ihr Sachgebiet beschränkte Kognition (6) und wurden auch nicht – wie die Gerichte – gewählt, sondern von der Regierung ernannt; trotzdem waren sie – anders als der französische Conseil d'Etat – von dieser unabhängig. Aufgrund der immer weiter um sich greifenden Verwaltungstätigkeit des Staates und als Folge des für Schweizer Verhältnisse typischen, föderalistisch bedingten Wildwuchses der Rekurskommissionen wurde der Ruf nach unabhängigen Verwaltungsgerichten jedoch immer lauter.

Auch hier darf als typisch schweizerisch bezeichnet werden, dass sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit zwar langsamer, dafür aber bunter entwickelte als z.B. in Deutschland. Noch heute gibt es Kantone, die keine allgemeinen Verwaltungsgerichte haben (7).

Der Bundesrat nahm die Idee einer eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit erstmals in seiner Botschaft betreffend Organisation und Geschäftsgang des Bundesrates vom 4. Juni 1894 auf, und im Jahre 1897 war sie das Tagungsthema des Schweizerischen Juristenvereins. Es sollte jedoch noch Jahrzehnte dauern, bis der Bund "eine Verwaltungsgerichtsbarkeit (erhielt), die, am Rechtsstaatsprinzip beurteilt, diesen Namen verdient" (8).

Gleichzeitig mit der Schaffung von Verwaltungsgerichten wurde der verwaltungsinterne Rechtsschutz ausgebaut, denn der Bürger sollte auch in Verwaltungssachen, die vielleicht aufgrund ihrer überwiegend

5) Vgl. FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 24 N 12.

6) Vgl. zu diesem Begriff hinten § 26 2.

7) Vgl. hiezu hinten § 7 vor N 32 sowie die Anm. 32–37 daselbst.

8) Fritz GYGI, Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZBJV 112 (1976) 281 ff., 283.

politischen Grundlagen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen waren, der Verwaltung nicht wehrlos ausgesetzt sein. Doch auch bei der Verwaltungsrechtspflege durch Verwaltungsbehörden gab und gibt es in unserem Land - anders als in Frankreich - mehrere (vielleicht sogar zuviele) voneinander losgelöste Beschwerdeinstanzen.

Das Resultat dieser Entwicklung ist für die Schweiz ein fast undurchdringbar verwuchertes System der Verwaltungsrechtspflege.

2. KAPITEL

GESETZGEBUNG AUF DEM GEBIET DER VERWALTUNGS- RECHTSPFLEGE DER SCHWEIZ IM 20. JAHRHUNDERT

LITERATUR: Fritz GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege (Bern 1979; zit. Bundesverwaltungsrechtspflege); ders., Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZBJV 112 (1976) 281 ff. (zit. Verwaltungsgerichtsbarkeit); Peter SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes (Basel/Stuttgart 1979; zit. Verwaltungsverfahren); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde vom 24. September 1965, BBl. 1965 II 1265 ff. (zit. Botschaft betr. Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, BBl. 1965 II 1348 ff. (zit. Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren).

§ 4 ENTWICKLUNG IM BUND BIS 1968

1. Verwaltungsgerichtsbarkeit

Im Anschluss an die Diskussionen um die Jahrhundertwende musste zuerst die verfassungsmässige Grundlage einer eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit geschaffen werden, denn die Zuständigkeit für Beschwerden in Verwaltungssachen lag seit der Bundesverfassung von 1848 hauptsächlich bei der Bundesversammlung und beim Bundesrat (1). Deshalb schlug der Bundesrat die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 114^{bis} und die Aenderung von Art. 103 BV vor. In der entsprechenden Botschaft an die Bundesversammlung hiess es:

"Das Bedürfnis einer solchen (Verwaltungsgerichtsbarkeit) erscheint auch uns gegeben. Je mehr der moderne Wohlfahrtsstaat Gebiete

1) Vgl. Botschaft betr. Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit 1267.

privater Betätigung in den Kreis der staatlichen Funktionen einbezieht, je zahlreicher die öffentlichen Aufgaben sind, an deren Durchführung der Bund herantritt, je gewaltiger daher auch die Zahl der Staatsfunktionäre anschwillt, denen diese Aufgaben anvertraut werden, desto grösser ist die Gefahr eines Uebergriiffs der Staatsallmacht und Beamtenautokratie gegenüber den Individualrechten des Bürgers und desto lebhafter sein instinktives Gefühl, er bedürfe eines kräftigen Schutzes gegen diese feindliche Macht" (2).

Beachtenswert ist die Aktualität dieser Würdigung der damaligen Situation, die offensichtlich dem Bürger aus dem Herzen gesprochen war. Man war sich offenbar schon damals der Problematik bewusst, die in der Legitimation eines Entscheides liegt, wenn sich ein rechtsuchendes Individuum im Kampf gegen einen "falschen" oder "ungerechten" Verwaltungsakt in zweiter oder sogar dritter Instanz immer noch einer Verwaltungsbehörde gegenübergestellt sieht (3). Welcher enttäuschte Bürger dächte da nicht an das Sprichwort: Eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus.

Am 25. Oktober 1914 stimmten sowohl Volk als auch Stände der Verfassungsergänzung mit grossem Mehr zu; das verfassungsrechtliche Fundament für den Aufbau einer eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit war vorhanden. Ermutigt durch diesen Entscheid machte sich der Bundesrat jedoch zuerst an die Schaffung eines eidgenössischen Versicherungsgerichtes. Durch den Bundesbeschluss betreffend die Organisation und das Verfahren des eidgenössischen Versicherungsgerichtes vom 28. März 1917 wurde dieses erste unabhängige Verwaltungsgericht des Bundes mit Sitz in Luzern ins Leben gerufen; der Bundesbeschluss trat am 1. September 1917 in Kraft. "Der Rechtsschutz im Sozialver-

2) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes vom 20. Dezember 1911, BBl. 1911 V 322 ff., 331.

3) Vgl. Eduard BOSSHART, Zürcherische Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zum Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Zürich 1960) Einleitung S. 12.

§ 4 1.

sicherungsrecht war stets bedeutend besser ausgebildet als im übrigen Verwaltungsrecht" (4).

Erst 14 Jahre nach der entsprechenden Verfassungsergänzung erfolgte dann die Vorlage des Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 11. Juni 1928. Dieses Gesetz wies mit seinem Inkrafttreten am 1. März 1929 dem Bundesgericht neben den weiterhin zahlreich bestehenden eidgenössischen Rekurskommissionen verwaltungsgerichtliche Funktionen - wenn auch nur in sehr beschränktem Umfang - zu, obschon der mit dem Vorentwurf zu diesem Gesetz betraute Fritz FLEINER bezüglich der Zuständigkeit in Verwaltungssachen eine Generalklausel vorgeschlagen hatte (5).

Bei der Gesamtrevision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG) wurde das genannte Bundesgesetz vom 11. Juni 1928 praktisch unverändert übernommen. Die nach der Enumerationsmethode aufgezählten Kategorien von Verwaltungsakten, die gemäss OG der verwaltungsgerichtlichen Ueberprüfung durch das Bundesgericht unterliegen sollten, kann man der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde vom 24. September 1965 entnehmen (6). Im Laufe der Zeit wurde dieser Kompetenzkatalog durch Spezialgesetze stückwerkweise erweitert. Es versteht sich von selbst, dass diese Entwicklung einer Vereinheitlichung der Bundesrechtspflege in Verwaltungssachen nicht gerade zuträglich war (7).

4) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 15.

5) Vgl. GYGI, Verwaltungsgerichtsbarkeit 282.

6) Vgl. Botschaft betr. Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit 1271.

7) Vgl. GYGI, Verwaltungsgerichtsbarkeit 282/283.

2. Verwaltungsverfahren

Noch schlechter stand es um die Hälfte des 20. Jahrhunderts mit der Gesetzgebung auf dem Gebiet des eidgenössischen Verwaltungsverfahrens und somit auch auf demjenigen der Rechtspflege in Verwaltungssachen durch Verwaltungsbehörden. Vorhanden waren lediglich einige Normen über die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat im OG sowie über das Verwaltungsbeschwerdeverfahren der Bundeszentralverwaltung (8) im Bundesgesetz über die Organisation der Bundesverwaltung (Verwaltungsorganisationsgesetz) vom 26. März 1914.

Dazu kamen verstreut in verschiedenen bundesrechtlichen Spezialverwaltungsgesetzen weitere Verfahrensvorschriften (9). Abgerundet wurde der Normenkomplex über das eidgenössische Verwaltungsverfahren durch entsprechendes Gewohnheitsrecht. Die Analyse dieses Zustandes veranlasste den Bundesrat zu folgender Feststellung:

"Es verhält sich nicht so, dass der Bund heute überhaupt kein Verwaltungsverfahrenrecht besässe. Das geschriebene Verfahrensrecht charakterisiert sich aber als mehr oder weniger fragmentarisch und ohne festen Zusammenhang, besonders im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren, ohne dass das ungeschriebene Recht alle Lücken auszufüllen vermöchte" (10).

Die logische Konsequenz dieser wertenden Betrachtung konnte nur in der Bestrebung liegen, ein allgemeingültiges, einheitlich geregeltes und umfassendes Bundesverwaltungsverfahrenrecht zu schaffen.

8) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 15.

9) Vgl. Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren 1349, 1351.

10) Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren 1349. Zum Begriff des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens vgl. hinten § 19.

§ 5 NEUORDNUNG DER BUNDESVERWALTUNGSRECHTSPFLEGE VON 1968

Die in den beiden schon mehrmals erwähnten Botschaften vom 24. September 1965 enthaltenen Gesetzesentwürfe passierten die parlamentarische Diskussion gemeinsam. Nach dem Konzept des Bundesrates sollte das Verwaltungsbeschwerdeverfahren Grundlage der bundesgerichtlichen Verwaltungsrechtspflege sein (11).

"Die Zersplitterung und Lückenhaftigkeit des Rechtsstoffes, unter welcher der geltende Rechtszustand leidet, rufen nach Abhilfe in Form einer Kodifikation, die sich auf das streitige und nichtstreitige Verwaltungsverfahren erstreckt. Die Einbeziehung des streitigen Verwaltungsverfahrens erübrigt sich nicht etwa im Hinblick auf den geplanten Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Letztere schränkt zwar den Bereich des streitigen Verwaltungsverfahrens ein, wird ihn aber nicht völlig ausschliessen; dieses wird auch neben einer ausgebauten Verwaltungsgerichtsbarkeit seinen Platz finden. Entweder geht das streitige Verwaltungsverfahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit voran oder es tritt teilweise an ihre Stelle, beispielsweise in reinen Ermessenssachen, die sich für die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht eignen" (12).

Die Bestrebungen zur Schaffung einer Kodifikation wurden von der Idee getragen, "die gestörte Rechtssicherheit wieder zu gewährleisten" (13). Man meinte, dies u.a. durch "schriftliche, generell-abstrakte Fixierung des Verfahrensrechts" (14) erreichen zu können (15). Der gleichzeitig vorgeschlagene Ausbau der eidgenössischen Verwaltungs-

11) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 15; ders., Verwaltungsgerichtsbarkeit 283; Botschaft betr. Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit 1265.

12) Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren 1352/1353. Zu den Begriffen des streitigen und nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens vgl. hinten § 19.

13) Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren 1354.

14) SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht 2.1 S. 15.

15) Vgl. Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren 1353/1354.

rechtspflege war die logische Konsequenz, denn der Rechtsschutz des Bürgers sollte nicht auf den ersten Verfahrensabschnitt beschränkt sein. Aus verschiedenen Gründen drängte sich eine adäquate Erweiterung und Verbesserung sowohl der verwaltungsbehördlichen als auch der auf sie folgenden gerichtlichen Verwaltungsrechtspflege auf (16).

Das Verhältnis zwischen Verwaltungsrechtspflege durch Verwaltungsbehörden und durch Gerichte hat MELICHAR (bezugnehmend auf Oesterreich) wie folgt beschrieben:

"Besteht ... das System der Verwaltungsgerichtsbarkeit a posteriori, setzt also die Kontrolle der Verwaltung durch ein Verwaltungsgericht erst nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges ein, so bedeutet dies, dass diesem administrativen Instanzenzug bewusst die Funktion einer innerverwaltungsmässigen Kontrolle zugeteilt wird. Diese Funktion kann aber die Einrichtung des administrativen Instanzenzuges nur dann voll erfüllen, wenn das Verfahren, das diesen Instanzenzug durchläuft, rechtlich geregelt ist" (17).

Am 1. Oktober 1969 traten dann das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG) (18) und das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG) (19) in Kraft. Die Revision des OG betraf hauptsächlich dessen Art. 97-121; ausserdem wurde in der parlamentarischen Beratung noch die Sozialversicherungsgerichtsbarkeit durch die Art. 122-135 in das OG aufgenommen.

Dieses neue Gesetzeswerk brachte in der Hauptsache folgendes (20):

- Erstmalige systematische Regelung des Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahrens des Bundes.

16) Vgl. SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht 2.21-2.24; Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren 1353 ff.

17) Erwin MELICHAR, Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1959) 183 ff., 183, 184.

18) SR 172.021.

19) SR 173.110.

20) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 16/17.

§ 5/§ 6 1.

- Koordination des Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahrens mit der Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit.
- Neuordnung der Stellung der eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen.
- Neuregelung der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit.
- Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel und eines geschlossenen Ausnahmekataloges.

Im Jahre 1978 wurde das OG einer nochmaligen Revision unterzogen, die hauptsächlich einer Entlastung der Staats- und Verwaltungsrechtspflege des Bundesgerichts diente. Ihr Resultat war im wesentlichen die Schaffung einer zweiten öffentlichrechtlichen Abteilung. Diese Aenderung trat am 1. Februar 1979 in Kraft.

§ 6 ENTWICKLUNG IN DEN KANTONEN

1. Kanton Zürich (21)

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts gab es im Kanton Zürich einzig das Gesetz über die Streitigkeiten im Verwaltungsfache vom 23. Juni 1831 (VStG). Die Schöpfer dieses Gesetzes hatten – beeinflusst von der deutschen Fiskustheorie (22) – vorgesehen, dass Verwaltungshandlungen, die direkt oder indirekt das Vermögen eines Bürgers tangierten, von diesem einem Zivilgericht zur Beurteilung unterbreitet werden konnten. Daneben machte das VStG aber einen Vorbehalt zugunsten der Rechtspflege der Verwaltungsbehörden für "Streitigkeiten, welche sich 'unmittelbar' in dem Wirkungskreis der Regierung und der Verwaltungsbehörden befinden".

21) Vgl. zum Ganzen: Alfred KOELZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (Zürich 1978) N 1 ff. der Einleitung; BOSSHART, a.a.O. (Anm. 3 hievon) Einleitung S. 12/13.

22) Vgl. zu diesem Begriff vorne § 3.

den überhaupt bei Ausübung ihrer Verwaltungsbefugnisse zu erheben pflegen" (23).

Offensichtlich war man sich der so geschaffenen Kompetenzprobleme bewusst, denn gleichzeitig mit dem VStG wurde ein Gesetz über die Konflikte erlassen. Dieses sah als Entscheidungsinstant eine paritätisch zusammengesetzte Konfliktskommission vor, die dann jedoch oft nicht zum Zuge kam, weil für den Fall von Stimmgleichheit innerhalb der Kommission sinnigerweise keine Regelung getroffen worden war.

Mit dem Ausbau der demokratischen Rechte in der Staatsverfassung von 1869 schrumpfte das Interesse nach einer ausserhalb der Verwaltung durchzuführenden Kontrolle. Deshalb verkleinerte sich der Anwendungsbereich und damit die Bedeutung des VStG bis zur Jahrhundertwende auf ein Minimum.

Die zürcherische Epoche der Schaffung einer allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit begann im Jahre 1902 mit der Motion RYF. Dann geschah lange nichts mehr. Erst 1916 und in Erfüllung seiner durch das Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 statuierten Pflicht schuf der Kanton ein Versicherungsgericht (24). Im folgenden Jahr entstand dann die für die spätere Entwicklung äusserst wichtige kantonale Oberrekurskommission als letzte Instanz in Steuerstreitigkeiten (25). Ebenfalls 1917 wurde Fritz FLEINER beauftragt, ein Gesetz betreffend die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit zu entwerfen. Sein Vorschlag kam aber - in abgewandelter Form - erst 12 Jahre später in die parlamentarische Diskussion, wurde dort weiter verändert und 1933 vom Volk schliesslich verworfen.

23) KOELZ, a.a.O. (Anm. 21 hievor) N 7 der Einleitung S. 6.

24) Vgl. Robert HAUSER, Die Zürcherische Rechtspflege im Wandel 1831-1981, ZR 80 (1981) 257 ff., 304/305; vgl. auch vorne § 4 bei N 3.

25) "Die Bestrebungen um die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit gehen bis auf das Jahr 1902 zurück. Ein Teilergebnis brachte das Steuergesetz von 1917 mit der unabhängigen Oberrekurskommission" (HAUSER, a.a.O. (Anm. 24 hievor) 311); vgl. auch vorne § 3.

§ 6 1. /2.

10 Jahre später wurde die nächste Phase eingeleitet, indem IM-BODEN einen neuen Entwurf ausarbeitete, der 1949 vom Regierungsrat diskutiert und dann schubladisiert wurde. 1957 endlich gelangte – nach weiteren Motionen – ein regierungsrätlicher Entwurf in die Diskussion einer Kommission des Kantonsrates, wurde mit weiteren Aenderungen von diesem am 16. März 1959 verabschiedet und am 24. Mai 1959 vom Volk als Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) sanktioniert. In ihm fanden sowohl das Verwaltungsverfahren als auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit die längst fällige gesetzliche Regelung. Am 1. Mai 1960 begann das zürcherische Verwaltungsgericht mit seiner Tätigkeit.

Verwaltungsmühlen mahlen langsam – besonders, wenn die eigene Macht zwischen den Steinen liegt!

2. Andere Kantone

Als erster Stand überhaupt schuf der Kanton Wallis ein Verwaltungsgericht; dies geschah schon Ende des 19. Jahrhunderts. Es folgte im Jahre 1909 der Kanton Bern und 1928 Basel-Stadt. Der letztgenannte Stand verwendete in seinem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 14. Juni 1928 bezüglich der Kompetenzverteilung erstmals eine Generalklausel. Im Tessin war Ende der zwanziger Jahre dieses Jahrhunderts eine Parlamentskommission geschaffen worden, welche die Rechtsprechung über Rekurse in Verwaltungsstreitigkeiten auszuüben hatte (26).

Zwischen den Jahren 1955 und 1965 gaben sich dann Zürich (24. Mai 1959) (27), Basel-Land (22. Juni 1959), Solothurn (5. März 1961) und St. Gallen (3. Februar 1965) allgemeine Verwaltungsgerichte. Daneben hatten die Kantone aufgrund bundesrechtlicher Vorschriften spe-

26) Vgl. zum Ganzen Botschaft betr. Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit 1282 ff.

27) Vgl. hiezu das soeben unter Ziff. 1. Gesagte.

zielle Verwaltungsgerichte oder Rekurskommissionen einzuführen (28). Es verwundert sicherlich nicht, dass hierbei das Sozialversicherungsrecht wieder führend war (29).

Das Verwaltungsverfahren wurde in den meisten der soeben angeführten Kantonen gleichzeitig normiert. Darüber hinaus erfuhr das Rechtspflegeverfahren vor Verwaltungsbehörden in den Kantonen Graubünden (1. Dezember 1942), Schwyz (18. Juli 1951), Waadt (15. September 1952) und Bern (22. Oktober 1961) eine gesetzliche Regelung (30).

§ 7 KANTONALE VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE DER GEGENWART IM UEBERBLICK

Noch im Jahre 1979 hatten lediglich 11 Kantone allgemeine, d.h. das nichtstreitige und das streitige Verfahren (31) gleichermassen regelnde Verwaltungsverfahrensgesetze erlassen. Es waren dies die Kantone Aargau, Jura, Luzern, Schaffhausen, Schwyz, Solothurn, St. Gallen, Tessin, Wallis, Zürich und Zug. Andere Kantone hatten sich mit der Normierung der einen der beiden obigen Verfahrensarten und/oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit begnügt (32).

Auch die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit hat bis heute noch nicht in allen Ständen einen Platz gefunden (33). Die Kantone

28) Vgl. Botschaft betr. Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit 1285.

29) Vgl. vorne § 4 bei N 3; vgl. auch bei N 24 hievor.

30) Vgl. Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren 1357.

31) Zu diesen Begriffen vgl. hinten § 19.

32) Vgl. die Zusammenstellung bei SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht 6.2 S. 33 und Anhang S. 221.

33) Vgl. Peter SCHMID, Das Verhältnis der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Weiterzug an eine eidgenössische Rechtsmittelinstanz, ZBl. 81 (1980) 329 ff., 329 Anm. 1.

§ 7

Appenzell-Inner- und Ausserrhoden, Freiburg (34), Glarus (35), Thurgau (36), Uri (37) und Waadt kennen sie (noch) nicht. Erstaunlich ist dabei, dass von den genannten Kantonen einzig Uri von der in Art. 114^{bis} IV BV statuierten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, "Administrativstreitigkeiten, die in (den kantonalen) Bereich fallen, dem eidgenössischen Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuzuweisen" (38).

Andererseits haben die Kantone Luzern, Obwalden, Schaffhausen, Schwyz, St. Gallen und Zürich (39) die Anrufung des kantonalen Verwaltungsgerichtes dann ausgeschlossen, wenn dem Betroffenen neben der

-
- 34) Der Kanton Freiburg besitzt wohl seit 1979 die verfassungsmässige Grundlage für eine allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit (Art. 65 Staatsverfassung). Das entsprechende Ausführungsgesetz ist aber noch lange nicht in Sicht.
- 35) Für den Kanton Glarus ist die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Verfassungsentwurf vom April 1977 vorgesehen. Der Glarner Landrat hat nun aber beschlossen, der Landsgemeinde den Antrag zu stellen, der Regierungsrat sei zu beauftragen, die Gesetzesbestimmungen über die Verwaltungsrechtspflege und das Verwaltungsbeschwerdeverfahren sowie das Verwaltungsverfahren seien vorgängig der im Gang befindlichen Totalrevision der Kantonsverfassung, spätestens aber der Landsgemeinde 1984, vorzulegen (vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 9. März 1982 (Nr. 56) 34: "Der Glarner Landrat setzt Termine").
- 36) Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Februar 1981, welches sowohl das nichtstreitige Verwaltungsverfahren als auch die verwaltungsinternen und -externen Rechtspflegeverfahren (vgl. zu diesen Begriffen hinten § 19) regelt, ist am 29. November 1981 vom thurgauischen Volk angenommen worden. Mit seinem Inkrafttreten ist allerdings nicht vor 1983 zu rechnen.
- 37) Die Stimmberechtigten des Kantons Uri haben am 29. November 1981 die vom Landrat Ende Juni 1981 verabschiedete Vorlage betreffend Aenderung der Kantonsverfassung sowie das entsprechende Gesetz über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit grossem Mehr abgelehnt.
- 38) Vgl. Botschaft betr. Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit 1287. Für Zürich beachte aber § 19 III Haftungsgesetz vom 14. September 1969.
- 39) Für Zürich steht dies in § 49 VRG. Inwiefern diese Vorschrift auf die Verwaltungsrechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten Wirkungen entfaltet, wird im folgenden dieser Arbeit aufzuzeigen sein (vgl. hinten § 21 2.2.).

staatsrechtlichen Beschwerde ein weiteres bundesrechtliches Rechtsmittel (40) zur Verfügung steht (41). Aus diesen Regelungen wird nebenbei der Vorbehalt deutlich, den es gegenüber der Rechtspflege im Bereich kantonalen Verwaltungsrechts oder -vollzugs durch die staatsrechtliche Beschwerde anzubringen gilt (42).

40) Vgl. zu diesem Begriff hinten § 22.

41) Vgl. SCHMID, a.a.O. (Anm. 33 hievon) 329/330.

42) Vgl. Botschaft betr. Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit 1288; vgl. auch Fritz GYGI, System der Verwaltungsrechtspflege, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (Festschrift Basel 1975) 197 ff., 202.

3. KAPITEL

GESCHICHTE DES ARBEITSSCHUTZES IN DER SCHWEIZ

LITERATUR: F. Walter BIGLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz (2. Auflage, Bern 1968; zit. Kommentar); Arnold GYSIN, Arbeitsrecht (Zürich 1943; zit. Arbeitsrecht); Walther HUG (Herausgeber), Kommentar zum Arbeitsgesetz (Bern 1971; zit. Bearbeiter in HUG); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, BBl. 1960 II 909 ff. (zit. Botschaft zum Arbeitsgesetz).

§ 8 BUNDESGESETZE IM BEREICH DES ARBEITSSCHUTZES VOR 1964 (1)

Aufgrund von Art. 34 I der Bundesverfassung von 1874 erliess der Bund am 23. März 1877 das Bundesgesetz über die Arbeit in den Fabriken (aFG) (2). Damit hatte die Ära der "Fabrikgesetzgebung" begonnen. Anfangs des 20. Jahrhunderts wurde die im ersten Fabrikgesetz getroffene Arbeitszeitregelung durch das Bundesgesetz betreffend die Samstagsarbeit in den Fabriken vom 1. April 1905 geändert. Es folgte eine Gesamtrevision, die u.a. den Gesundheitsschutz verstärkte, die Arbeits- und Ruhezeit neu regelte und sowohl den Frauen- als auch den Jugendschutz ausdehnte. Wegen des Ersten Weltkrieges konnte

-
- 1) Vgl. zum Ganzen: BIGLER, Kommentar S. 11 ff. der Einleitung; GYSIN, Arbeitsrecht 91 ff.; HUG in HUG N 2 ff. der Einleitung; Fritz STUDER, Textausgabe zum Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914 (Zürich 1915) 5 ff.; Botschaft zum Arbeitsgesetz 910 ff.
 - 2) "Mit dem eidgenössischen Fabrikgesetz stellte sich die Schweiz an die Spitze der Kulturländer auf dem Gebiete des Arbeiterschutzes" (STUDER, a.a.O. (Anm. 1 hievon) 8).

das neue Fabrikgesetz vom 18. Juni 1914 (FG) allerdings nicht in Kraft gesetzt werden. Dies geschah erst nach einer neuerlichen Anpassung an die veränderten Gegebenheiten der Nachkriegszeit durch das Bundesgesetz betreffend die Arbeitszeit in den Fabriken vom 27. Juni 1919.

Das alte Fabrikgesetz gab zudem den Anstoss zum Erlass der "Haftpflichtgesetzgebung" und der "Zündholz-Gesetzgebung". Mit dem Erlass ... neuerer Vorschriften auf dem Gebiet der Sozialversicherung und des Arbeitsrechts (3) verloren die entsprechenden Gesetze jedoch ihre Wirkung.

Seit Ende des letzten Jahrhunderts hat der Bund weitere Gesetze auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes für Eisenbahnen und andere Verkehrsanstalten, des gewerblichen Arbeitsschutzes, des Seearbeitsrechts, des gewerbsmässigen Chauffeurwesens u.v.m. geschaffen.

Auch das aus den "arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften für die nicht fabrikmässigen Betriebe der Uhrenindustrie" (4) stammende, letztlich dann "Uhrenstatut" (5) genannte Gesetz gehört zu dieser Gruppe von Arbeitsschutzgesetzen.

3) Gemeint sind insbesondere das Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 (KUVG) und das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (ArG).

4) HUG in HUG N 13 S. 6 der Einleitung.

5) Bundesbeschluss über die schweizerische Uhrenindustrie vom 23. Juni 1961.

§ 9 KANTONALE ARBEITSSCHUTZGESETZE VOR 1964 (6)

Kurz nach der Inkraftsetzung des ersten Fabrikgesetzes erliessen mehrere Kantone sog. Arbeiterinnen-Schutzgesetze (Zürich 1894), welche im allgemeinen die entsprechenden Normen des Fabrikgesetzes auf die Beschäftigung von Frauen in den der Fabrikgesetzgebung nicht unterstellten Betrieben übertrugen. Diese Entwicklung dauerte bis anfangs 20. Jahrhundert.

Ebenso normierten viele Stände den Lehrlingsschutz (Zürich 1906), wobei diese Regelungen durch den Erlass des eidgenössischen Berufsbildungsgesetzes (7) aufgehoben worden sind. Der Arbeitseinsatz von männlichen Erwachsenen wurde in der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg dagegen nur in wenigen Kantonen beschränkt.

Zwischen den zwanziger und den vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts erliessen verschiedene Kantone allgemeinere und umfassendere Arbeitsschutzgesetze. Völlig neu war dabei die Ausdehnung der gesetzlichen Regelungen auf den Bereich der Ferien. Bahnbrechend war diesbezüglich das Feriengesetz des Kantons Basel-Stadt von 1931 (8). Das Bundesgericht hat dieses Feriengesetz als gewerbepolizeilich motivierten Eingriff in die bundesprivatrechtliche Vertragsautonomie qualifiziert, womit ein Verstoss gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts verneint wurde (9). Die kantonale Feriengesetzgebung machte in der Folge eine grossartige Entwicklung durch, die

6) Vgl. zum Ganzen: BIGLER, Kommentar S. 11 ff. der Einleitung; HUG in HUG N 16 ff. der Einleitung; Gustav LEU, Der Arbeiterschutz im Kanton Zürich (Horgen-Zürich 1943) 10 ff.; Botschaft zum Arbeitsgesetz 910 ff. Für die Kantone Basel-Stadt, Luzern und Zürich im besonderen vgl. GYSIN, Arbeitsrecht 125 ff.

7) Bundesgesetz über die berufliche Ausbildung vom 26. Juni 1930.

8) Vgl. hiezu GYSIN 128 ff.

9) Beachte hiezu die interessanten und wichtigen Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 58 I 26 ff.

erst mit der Einfügung eines Art. 34^{1bis} in das OR ein Ende fand (10). Die damals durch den besagten Art. 34^{1bis} getroffene Regelung ist heute übrigens in Art. 329a-e OR enthalten.

Auch die anderen kantonalen Arbeitsschutzgesetze sind mit Erlass des Arbeitsgesetzes aufgehoben worden, soweit sie "vom Gesetze geregelte Sachgebiete betreffen" (11).

§ 10 ENTSTEHUNG DES ARBEITSGESETZES (12)

Bereits anfangs des 20. Jahrhunderts war im Zusammenhang mit der Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Art. 34^{ter} (Gewerbe-gesetzgebung) vom 5. Juli 1908 eine kodifikatorische Regelung der Arbeit in Handel und Gewerbe durch ein Bundesgesetz geplant worden. Die entsprechenden Arbeiten wurden jedoch nicht in Angriff genommen, weshalb sich verschiedene Verbände und Rechtsgelehrte ihrer annahmen. Das Resultat waren vier private Vorentwürfe, die allesamt eine Koexistenz des neu zu schaffenden "Bundesgesetzes über die Arbeit im Handel

10) Diese Ergänzung des OR geschah ursprünglich aufgrund von Art. 64 Ziff. 2 ArG.

11) Art. 73 I lit. a ArG. Ausdrückliche Vorbehalte zugunsten kantona-ler Vorschriften machen u.a. Art. 71 lit. b und c sowie Art. 73 III ArG; die diesbezügliche Verweisung auf Art. 66 lit. a ArG in N 25 der Einleitung des Hug'schen Kommentars zum Arbeitsgesetz ist falsch.

12) Vgl. zum Ganzen: BIGLER, Kommentar, S. 14 ff. der Einleitung; Max HOLZER, Werdegang und Aufbau des Arbeitsgesetzes, in: Ein-führung in das Arbeitsgesetz, 10 Vorträge an der Hochschule St. Gallen (herausgegeben von Eduard NAEGELI, Bern 1966) 17 ff.; HUG in HUG N 27 ff. der Einleitung; Botschaft zum Arbeitsgesetz 917 ff.; Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über die Arbeit in In-dustrie, Handwerk, Handel, Verkehr und verwandten Wirtschafts-zweigen (Arbeitsgesetz), Gesetzesentwurf und BIGA-Bericht (Bern 1950) 9 ff.

§ 10

und in den Gewerben" (13) mit dem noch in Kraft stehenden Fabrikgesetz (14) vorsahen.

Im Jahr 1931 erging erstmals ein offizieller Auftrag des zuständigen Departements (EVD) an den ehemaligen BIGA-Direktor PFISTER zur Ausarbeitung eines Vorentwurfes, welcher in der Vernehmlassung aber sehr unterschiedliche Bewertungen erhielt (15). Erst 1943 erfolgte der nächste Schritt, indem das EVD eine "Vorberatende Kommission" einsetzte; diese lieferte 1945 ihren Vorentwurf ab.

Die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 26. Juli 1947 sollte dann eine neue, weitere Fassung der Bundeskompetenzen bezüglich des Arbeitnehmerschutzes bringen (16). Dies vor Augen wurde eine "Kleine Expertenkommission" mit der Vorabklärung gewisser Grundsatzfragen beauftragt. Sie kam u.a. zu dem Schluss, dass auch das inzwischen wieder revisionsbedürftige Fabrikgesetz in ein neues Arbeitsgesetz zu integrieren sei. In der Folge wurden die Professoren GERMANN und HUG mit der Ausarbeitung eines weiteren, das Konzept der Zusammenlegung berücksichtigenden Vorentwurfes betraut. Sie lieferten Ende der vierziger Jahre zusammen mit einem Bericht ihren Entwurf ab (17). Aus diesem wurde später dann der erste eigentliche Vorentwurf für das neu zu schaffende Gesetz (18).

Doch wiederum verzögerten sich die anschliessenden Arbeiten; diesmal bis 1957 oder genauer bis zur Inkraftsetzung des "dazwischen-

13) Titel des Entwurfs des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes von 1935; zit. bei HUG in HUG N 28 S. 12 der Einleitung.

14) D.i. das Fabrikgesetz in der revidierten Fassung vom 18. Juni 1914; vgl. hiezu vorne § 8.

15) Vgl. Botschaft zum Arbeitsgesetz 917.

16) Art. 34ter I lit. a BV: "Der Bund ist befugt, Vorschriften aufzustellen über den Schutz der Arbeitnehmer".

17) Oscar A. GERMANN/Walther HUG, Entwurf für ein Bundesgesetz über den Arbeitsschutz in Industrie und Handwerk, Handel, Verkehr und verwandten Wirtschaftszweigen (o.O.; o.D.).

18) Vgl. die in Anm. 12 hievor zitierten Vorarbeiten für ein Arbeitsgesetz 10/11 und 45 ff.

gekommenen" Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit. Ab Mitte 1958 ging es jedoch schnell vorwärts, denn der Bundesrat war aufgrund einer Motion verpflichtet worden, bis Ende 1959 einen Entwurf für ein Arbeitsgesetz auszuarbeiten. Es dauerte aber bis Ende September 1960, bis er dem Parlament seinen Entwurf mit dem entsprechenden Bericht (19) vorlegen konnte.

Es folgten die Diskussionen in den Räten, welche sich bis 1962 (Nationalrat) bzw. 1963 (Ständerat) hingen, ohne jedoch völlige Uebereinstimmung herbeiführen zu können. Das deshalb nötig gewordene Differenzbereinigungsverfahren brachte auch keine endgültige Lösung, weshalb das Einigungsverfahren durchgeführt werden musste. Der vom Bundesrat der Einigungskonferenz unterbreitete Verständigungsvorschlag verhalf dem Arbeitsgesetz endlich zum Durchbruch. Am 13. März 1964 nahmen beide Räte das neue Gesetz an (20). Das Referendum wurde nicht ergriffen, womit der Weg frei war für den Bundesratsbeschluss vom 14. Januar 1966, der das Arbeitsgesetz (21) auf den 1. Februar 1966 in Kraft setzte.

Gleichzeitig wurden die Allgemeine Verordnung zum Arbeitsgesetz (22) und diejenige über Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern (23) in Kraft gesetzt. Erst am 1. April 1969 folgte die Verordnung zum Arbeitsgesetz über Gesundheitsvorsorge und Unfallverhütung in industriellen Betrieben (24).

19) Botschaft zum Arbeitsgesetz.

20) Vgl. hierzu StenBull. NR 1964, 250; StenBull. StR 1964, 112.

21) SR 822.11; für den vollen Titel des Gesetzes vgl. vorne § 8 Anm. 3.

22) ArGVO I (SR 822.111).

23) ArGVO II (SR 822.112).

24) ArGVO III (SR 822.113).

4. KAPITEL

PROBLEMSTELLUNG UND ZIELSETZUNG

LITERATUR: Walther HUG (Herausgeber), Kommentar zum Arbeitsgesetz (Bern 1971; zit. Bearbeiter in HUG).

§ 11 ARBEITSGESETZLICHE UND ALLGEMEINE BUNDESVERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

Wie man aus der Chronologie der Entstehung der Bundesverwaltungsrechtspflegeerlasse einerseits und der eidgenössischen Arbeitsschutzgesetzgebung andererseits unschwer erkennt, hat erstere, welche in Form des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (1968) und der 1968 revidierten Artikel des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (1) erfolgte, letztere – d.h. das Arbeitsgesetz von 1964 – überholt.

Das Arbeitsgesetz – und mit ihm selbstverständlich seine Vorschriften über die Verwaltungsrechtspflege – waren schon mehr als drei Jahre in Kraft, als die kodifizierten allgemeinen Bundesverwaltungsrechtspflegegesetze ihre Wirkung zu entfalten begannen. Diese Konstellation führte auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten zu einer Konkurrenz von Art. 55–58 ArG (2) zu den Normen des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes und zum

1) Art. 97–135 OG; vgl. vorne § 5.

2) Hier mag vorderhand die Angabe der vom Arbeitsgesetz selbst unter dem 5. Titel (Verwaltungsrechtspflege) des VI. Teils (Durchführung des Gesetzes) aufgeführten Art. 55–58 genügen.

fünften Titel des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (3).

Nach dem Grundsatz "lex posterior derogat legi priori" könnte man annehmen, dass die Art. 55-58 ArG seit dem 1. Oktober 1969 (4) toter Buchstabe sein müssten. Aber wie verträgt sich dieses Resultat mit der ebenso gültigen Regel "lex specialis derogat legi generali"? Müsste man da nicht wieder der Gültigkeit der arbeitsgesetzlichen Regelung der Verwaltungsrechtspflege das Wort reden?

Man wird diese verworrene Situation nur meistern, wenn man sich die Aufgabe einer Gesetzeskodifikation bewusst macht. Dazu mögen einige (bereits zitierte) Stellen aus der bundesrätlichen Botschaft zum Bundesverwaltungsverfahren (5) dienen (6). Stark vereinfachend ausgedrückt soll eine Kodifikation die in einzelnen Gesetzen verstreuten und im Gewohnheitsrecht verankerten Rechtssätze zusammenfassen - und zwar "für die Zukunft" (7).

Andererseits war man sich bewusst, dass eine Kodifikation niemals wirklich alle irgendwo vorhandenen Normen vereinheitlichen kann, ohne dadurch nicht unbenützlich - weil zu umfangreich - zu werden (8).

3) Der fünfte Titel des OG ("Verwaltungsrechtspflege durch das Bundesgericht") umfasst die Art. 97-121 OG. Die Art. 122-135 OG, die den sechsten Titel dieses Gesetzes bilden und das Eidgenössische Versicherungsgericht behandeln, haben mit dem Gebiet der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege nichts zu tun.

4) Zeitpunkt des Inkrafttretens des VwVG und der revidierten Art. 97-121 OG; vgl. vorne § 5 nach N 17, siehe auch JAGMETTI in HUG N 5 der Vorbemerkungen zu Art. 50 ArG.

5) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, BBl. 1965 II 1348 ff.

6) Vgl. vorne § 5 nach N 11 und bei N 13 sowie die Angaben der entsprechenden Zitatstellen in Anm. 12 und 13 daselbst.

7) Vgl. Peter SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes (Basel/Stuttgart 1979) 6.1.

8) Vgl. die bundesrätliche Botschaft über das Bundesverwaltungsverfahren, a.a.O. (Anm. 5 hievon) 1353.

§ 11

Deshalb schliessen die Art. 2 und 3 VwVG gewisse Verwaltungsverfahren von der Geltung des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes aus, und auch das OG hat einen (zu) umfangreichen Ausnahmekatalog (9). Für die Bereiche des Bundesverwaltungsrechts, die unter keine der genannten Ausschlussnormen fallen, gelten demnach grundsätzlich die im VwVG und OG kodifizierten Regeln der Bundesverwaltungsrechtspflege. Dies wird für das Bundesverwaltungsverfahrensrecht in Art. 80 lit. c VwVG festgehalten; für die bundesgerichtliche Verwaltungsrechtspflege gilt dasselbe gemäss den Schlussbestimmungen der Aenderung vom 20. Dezember 1968 (10) II Abs. 2 (11).

Hierbei ist zu beachten, dass dieser Gültigkeitsanspruch kein absoluter ist. Gemäss Art. 80 lit. c VwVG sind nämlich nur "widersprechende Bestimmungen des Bundesrechts aufgehoben", wogegen "ergänzende Bestimmungen im Sinne von Art. 4 vorbehalten bleiben". Art. 4 VwVG wiederum ist ein Vorbehalt i.S. der Regel "lex specialis derogat legi generali"; allerdings mit der Einschränkung, dass die eingehendere Regelung dem VwVG nicht widersprechen darf (12). Nur solange die lex specialis eine sinnvolle Ergänzung zum VwVG bringt, findet sie ein Wirkungsfeld neben diesem. Für den Bereich des OG lässt sich entsprechendes aus der ratio legis von II Abs. 2 der Schlussbestimmungen (13) ableiten.

Die hier gefundene Lösung lässt sich ohne weiteres auf das Konkurrenzproblem der Verwaltungsrechtspflegenormen des Arbeitsgesetzes zu denjenigen des VwVG und OG übertragen (14).

9) Art. 99-102 OG.

10) AS 1969, 767.

11) Nach Art. 171 OG.

12) Vgl. Art. 4 VwVG; JAGMETTI in HUG N 5 der Vorbemerkungen zu Art. 50 ArG.

13) Vgl. bei N 10 hievor.

14) Vgl. hiez: Rudolf CANNER/René SCHOOP, (Kurzkommentar zum) Arbeitsgesetz (2. Auflage, Zürich 1976) Anm. 1 zu Art. 55 ArG, 228; JAGMETTI in HUG N 3 der Vorbemerkungen zu Art. 55 ArG.

§ 12 . ARBEITSGESETZLICHE VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE DES BUNDES UND DER KANTONE

Der in der Ueberschrift angezeigte Dualismus ist typisch für eidgenössisches Verwaltungsrecht, das von Verwaltungsbehörden sowohl des Bundes als auch der Kantone vollzogen wird und/oder dessen kantonaler Vollzug durch Bundesbehörden überwacht wird. Das Arbeitsgesetz gehört zu dieser Gruppe, da sein Vollzug gemäss einer verfassungsrechtlichen Regelung (15) mehrheitlich den Kantonen übertragen ist (16) und der Bund nur noch in seinen eigenen Betrieben oder aufgrund ausdrücklicher Zuteilung Vollzugskompetenzen hat (17) (18). Zudem "übt der Bund die Oberaufsicht über den Vollzug des Gesetzes (19) und der Verordnungen durch die Kantone aus. Er kann den kantonalen Vollzugsbehörden Weisungen erteilen" (20).

Für den Vollzug des Arbeitsgesetzes drängt sich nun aber die grundsätzliche Frage auf, inwieweit der Bund legislatorisch in den kantonalen Vollzug eingreifen kann (21). Dem föderalistischen Bestreben der Stände nach möglichst umfassender Selbständigkeit in der

15) Vgl. Art. 32 II BV i.V.m. Art. 34ter IV BV; vgl. hiezu auch: F. WALTER BIGLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz (2. Auflage, Bern 1968) N 1a zu Art. 41 ArG; HOLZER in HUG N 1 zu Art. 41 ArG.

16) Art. 41 I ArG.

17) Art. 42 II ArG.

18) Eine Aufstellung der jeweiligen Vollzugskompetenzen von Bund und Kantonen findet sich in: BIGLER, a.a.O. (Anm. 15 hievor) N 1 b zu Art. 41 ArG, N 3 f. zu Art. 42 ArG; CANNER/SCHOOP, a.a.O. (Anm. 14 hievor) Anm. 1 ff. je zu Art. 41 und 42 ArG; HOLZER in HUG N 8 ff. zu Art. 41 ArG, N 7 ff. zu Art. 42 ArG; Walther HUG, Grundsätzliche Fragen der Arbeitsgesetzgebung, und Mathias EGGENBERGER, Der Vollzug des Arbeitsgesetzes und Schlussbetrachtungen, beide in: Einführung in das Arbeitsgesetz, 10 Vorträge an der Hochschule St. Gallen (herausgegeben von Eduard NAEGELI, Bern 1966) 41 ff., 51 ff. bzw. 195 ff., 196 ff.

19) Damit ist das Arbeitsgesetz gemeint.

20) Art. 42 I ArG; beachte auch Art. 41 II ArG.

21) Vgl. SALADIN, a.a.O. (Anm. 7 hievor) 5.1.

§ 12

Handhabung der ihnen durch die Bundesverfassung zugewiesenen Materie steht die jedem Bundesgesetz zugrunde liegende Idee der landesweiten Vereinheitlichung eines Rechtsgebietes diametral gegenüber. Was aber nützt die Vereinheitlichung des materiellen öffentlich-rechtlichen Arbeits(schutz)rechts, wenn die formelle und organisatorische Seite föderalistisch-unterschiedlich geregelt wird?

Der Bundesgesetzgeber hat in verschiedenen Artikeln des Arbeitsgesetzes in mehr oder weniger direkter Art normativ in die Vollzugs- und Organisationszuständigkeit der Kantone eingegriffen. Alle diese Vorschriften dienen zumindest mittelbar auch der Verwaltungsrechtspflege (in einem weit gefassten Sinn (22)) in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten und sind deshalb für diese Arbeit von Bedeutung, soweit sie neben den sie derogierenden Regeln des VwVG und OG überhaupt noch Bestand haben (23).

Der Bundesgesetzgeber hat aber auch in VwVG und OG Vorschriften erlassen, die auf das vorangehende kantonale Verwaltungsverfahren

22) Unter Verwaltungsrechtspflege i.w.S. könnte man jede Art der Kontrolle von Verwaltungstätigkeit verstehen. Dann würde – entgegen der Ansicht von Fritz GYGI (Bundesverwaltungsrechtspflege (Bern 1979) 16) – auch die Anwendung des (kodifizierten) Verfahrensrechts für das nichtstreitige Verwaltungsverfahren (zu diesem Begriff vgl. hinten § 19) auf das Verfügungsverfahren zur Verwaltungsrechtspflege gehören. In diesem Zusammenhang verdient der jüngste kantonale Erlass auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrens – das thurgauische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Februar 1981 – besondere Aufmerksamkeit, regelt er doch unter dem Titel "Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege" gemäss § 1 I Ziff. 1 und 3 sowohl "das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden..." als auch dasjenige "vor den Rekursbehörden und vor dem Verwaltungsgericht" (vgl. vorne § 7 Anm. 36).

Auch die rein faktische Selbstkontrolle jeder Verwaltungsbehörde, die besonders durch eine Pflicht zur Rechenschaftsablegung erzwungen wird (vgl. Art. 41 II ArG), dient der Verwaltungsrechtspflege i.w.S. Die Verwaltungsrechtspflege i.w.S. soll und kann m.a.W. verhindern, dass es überhaupt zu einem Verfahren der Verwaltungsrechtspflege (i.e. und allgemein anerkannten Sinn) – einem Anfechtungsverfahren nämlich – kommt.

23) Vgl. zu dieser Problematik vorne § 11.

wirken. Ausserdem gibt es geschriebenes und ungeschriebenes Bundesverfassungsrecht, welches das Vollzugsverfahren sowohl der eidgenössischen als auch der kantonalen Verwaltungsbehörden beeinflusst.

Bei allen weiteren Betrachtungen wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass der Bundesgesetzgeber den Vollzug seiner Vorschriften einheitlich muss regeln können. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie zum Schutz eines Grossteils der Bevölkerung erlassen worden sind, und deshalb auch gegenüber der althergebrachten föderalistischen Vollzugs- und Organisationshoheit (24) der Kantone. Die Zukunft wird zeigen, ob der schweizerische Föderalismus auf diesem Gebiet nicht überholt ist; die Zeichen deuten eher darauf hin (25).

§ 13 ZIELSETZUNG DIESER ARBEIT

Im folgenden wird aufgezeigt werden, welchen Normen des Arbeitsgesetzes neben der kodifikatorischen Zusammenfassung der Bundesverwaltungsrechtspflege in VwVG und OG überhaupt noch in Kraft sind. Ausserdem wird untersucht werden, wie gross die Auswirkungen der bundesrechtlichen Vorschriften (26) der Verwaltungsrechtspflege auf den kantonalen Vollzug des Arbeitsgesetzes sind.

Kurzgefasst soll diese Arbeit für den Bereich des Arbeitsgesetzes Antwort geben auf die Gretchen-Frage der Verwaltungsprozessualisten:

-
- 24) Zur Unterscheidung zwischen Hoheit und Autonomie vgl. Alfred KOELZ/Peter KOTTUSCH, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahrensrecht, ZBl. 79 (1978) 421 ff., 442/423 sowie S. 424 zur eben angetönten Bundeskompetenz.
- 25) Vgl. Art. 40 III BVE. Dieselben Experten äussern sich in ihrem begleitenden Bericht (S. 103) zur angesprochenen Problematik wie folgt: "Nach der Ueberzeugung der Kommission erwächst dem Föderalismus durch die unbegründeten Verschiedenheiten der kantonalen Prozess- und Verwaltungsverfahren in diesen Bereichen mehr Schaden als Nutzen".
- 26) Seien sie nun im ArG, VwVG und OG, oder gar in der BV zu finden.

§ 13

"Sage mir, wer welche Verfügung auf welchem Weg bei welcher Instanz anfechten kann, und ich sage Dir, ob Du die Regeln der Verwaltungsrechtspflege verstanden hast."

Jeder Lösung dieser Aufgabe muss allerdings die summarische Erarbeitung einer allgemeinen Ordnung der Rechtspflege in Verwaltungssachen und der wichtigsten sie auszeichnenden Begriffe vorausgehen. Aufbauend auf dieser soll dem Leser die eigentliche Problematik der Verwaltungsrechtspflege im öffentlichrechtlichen Arbeitsrecht der Schweiz nähergebracht werden.

II. ABSCHNITT

ALLGEMEINES ZUR VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

In diesem Abschnitt werden die Zusammenhänge zwischen den allgemeinen Verwaltungsrechtspflegeverfahren von Bund und Kantonen und dem übrigen Bundesrecht punktuell aufgezeigt. Zusätzlich wird die bereits angesprochene allgemeine Ordnung und Begriffsbestimmung der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege vorgenommen. Wann immer dies nötig oder sinnvoll erscheint, wird ein Bezug zur Rechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten hergestellt oder in den der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege gewidmeten Teilen dieser Arbeit ausführlich auf den entsprechenden Punkt eingegangen. Ansonsten gilt, dass Regeln und Begriffe der allgemeinen Verwaltungsrechtspflege, wie sie im folgenden entwickelt werden, auch für das Gebiet der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege gelten.

1. KAPITEL

VORBEMERKUNGEN

LITERATUR: Thomas FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (2. Auflage, Zürich 1980; zit. Grundzüge); Fritz GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege (Bern 1979; zit. Bundesverwaltungsrechtspflege); Max IMBODEN/René A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung I-II (5. Auflage, Basel/Stuttgart 1976; zit. Verwaltungsrechtsprechung); Alfred KOELZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (Zürich 1978; zit. Kommentar); Alfred KOELZ/Peter KOTTUSCH, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahren, ZBl. 79 (1978) 421 ff. (zit. Problemübersicht); Peter SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes (Basel/Stuttgart 1979; zit. Verwaltungsverfahren); ders., Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (Festschrift Basel 1975) 41 ff. (zit. Fairness).

§ 14 VERWALTUNGSRECHT UND VERFASSUNG (1)

Jede Art von Verwaltungsrechtspflege (2) schliesst immer an eine vorangehende Verwaltungshandlung an; d.h. ohne irgendein Tätigwerden einer Verwaltungsbehörde kann kein Verwaltungsrechtspflegeverfahren stattfinden (3). Meist führt solches Verwaltungshandeln zum Erlass einer Verfügung (4); seltener – und für den Bereich des Arbeitsge-

1) Vgl. zum Ganzen SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht 1.

2) Bezüglich der verschiedenen Arten der Verwaltungsrechtspflege vgl. hinten § 19.

3) Als Ausnahme kann nur der Fall einer Rechtsverweigerung oder -verzögerung durch die zum Handeln verpflichtete Verwaltungsbehörde angeführt werden. Ein solches "Handeln durch Untätigkeit" kann entsprechend gerügt werden (vgl. hinten § 18 3.).

4) "Auch das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung gilt als Verfügung" (Art. 97 II OG).

setzes bedeutungslos - sind sog. Realakte einer Verwaltungsbehörde (5).

Der Zusammenhang zwischen Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungshandeln geht jedoch über das soeben gezeigte Funktionelle hinaus, denn "alles Verwaltungshandeln ist Rechtshandeln" (6)! Wann immer die Verwaltung (als Behörde) in einer für den Bürger wirksamen Weise tätig wird, muss sie sich an die geltende Rechtsordnung halten (7). Diese Regel sollte für einmal ausnahmslos gelten, da gemäss SALADIN "Verwaltungsrecht 'konkretisiertes Verfassungsrecht' ist" - wobei "Verfassung ... primär als Ensemble der Leitideen einer politischen Gemeinschaft verstanden wird" (8). "Verwaltung (als Funktion) ist in der Regel mediatisierte Verfassungs-Konkretisierung - nämlich vermittelt durch die Gesetzgebung" (9) in Verwaltungssachen.

Die Verwaltungsgesetzgebung von Bund und Kantonen hat demnach dafür zu sorgen, dass Verwaltungsbehörden nur im Rahmen der ihnen verfassungsrechtlich zustehenden Kompetenzen handeln. Im weiteren muss

-
- 5) Konkrete Beispiele zu dieser Unterscheidung finden sich bei FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 21 N 1-6. Vgl. auch Rolf Heinrich HALTNER, Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes (Artikel 5 VwVG) (Diss. Zürich 1979) 28.

Es gilt allerdings zu beachten, dass z.B. KOELZ zwischen Verfügung und Realakt nicht aufgrund ihrer verschiedenen Erscheinungsformen, sondern der Wirkungsweise unterscheidet. Er vertritt die Ansicht, dass Akte, die grundsätzlich geeignet seien, in die Rechtsstellung des Einzelnen einzugreifen, in Verfügungsform gebracht werden müssten, unabhängig davon, ob sie als Realakte oder normative Akte erscheinen würden (vgl. KOELZ, Kommentar N 11 ff. zu § 19 VRG).

- 6) SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht 1.3.; vgl. auch den dort zitierten FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 21 N 6. (Das Zitat bei SALADIN bezieht sich auf die 1. Auflage des Werkes von FLEINER-GERSTER).
- 7) Vgl. zum hier umschriebenen Legalitätsprinzip hinten § 15 1.1. und die dort in Anm. 22 zitierten Autoren; beachte aber auch den in Anm. 25 hienach zitierten Bundesgerichtsentscheid.
- 8) SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht 1., 1.1. Vgl. auch die dort in Anm. 1 und 2 zitierten Autoren.
- 9) SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht 1.2.

§ 14/§ 15

diese Gesetzgebung - will sie dem Postulat der Rechtssicherheit genügen - das Verfahren, welches die Verwaltungsbehörden ihren Handlungen zugrunde legen müssen, schriftlich und in generell-abstrakter Form festhalten.

**§ 15 BUNDESRECHTLICHE GRUNDZUEGE DES VERWALTUNGS-
(RECHTSPFLEGE)VERFAHRENS UND IHRE AUSWIRKUNGEN
AUF KANTONALES VERFAHRENSRECHT**

Bundesrechtliche Grundsätze des Verwaltungs(rechtspflege)verfahrens sind entweder in der Bundesverfassung (10) oder in Bundesgesetzen zu finden, wobei die Bundesgesetze zumindest mittelbar verfassungsrechtliche "Aufträge" ausführen. Neben die Bundesgesetze (11) treten noch ungeschriebene Grundsätze (12). Alle bundesrechtlichen Grundsätze zusammen sollen im Endeffekt der eines Rechtsstaates würdigen Rechtsverwirklichung dienen; hiezu gehört nicht zuletzt auch die einheitliche Rechtsdurchsetzung.

-
- 10) Im Sinne einer Vereinfachung zähle ich auch das ungeschriebene Verfassungsrecht zu dem "in" der Bundesverfassung auffindbaren Bundesrecht.
 - 11) D.h. in der Hierarchie der Rechtsnormen auf der selben Stufe stehend.
 - 12) Eine über das für diese Arbeit Nützliche und Nötige hinausgehende Aufzählung bundesrechtlicher Quellen ist bei GYGI (Bundesverwaltungsrechtspflege 211 ff.) zu finden.

1. Die wichtigsten verfassungs- und verwaltungs- rechtlichen Grundsätze

Vorab gilt es festzuhalten, dass sich Lehre und Praxis bis heute nicht auf eine einheitliche Terminologie haben einigen können. Was für die einen "Verfassungsprinzipien" (13) sind, zählen andere zu den "allgemeinen Rechtsgrundsätzen" (14), und auch das Bundesgericht kann sich bezüglich der Bezeichnung nicht festlegen (15).

Die Terminologie ist allerdings von zweitrangiger Bedeutung; wichtiger ist die Frage nach Inhalt und Zweck dieser Grundsätze. Man muss sich daran erinnern, dass Richtschnur jeder Gesetzgebung – wie schon gesagt (16) – die Leitgrundsätze der Bundesverfassung sind. Deshalb wurde und wird immer wieder versucht, all diese Grundsätze als Ausfluss einer Norm der Bundesverfassung zu deuten; fast ausschliesslich wird hiezu Art. 4 BV beigezogen (17). Weil demnach die

13) Z.B. SALADIN, Verwaltungsverfahrenswissenschaft 13.222 S. 99 bei N 24; ders., Fairness 43.

14) Z.B. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 213.

15) Vgl. die Aufzählung bei SALADIN (Fairness 82), welche noch um die vom Bundesgericht auch schon verwendete Bezeichnung "bundesrechtliche Garantie" (vgl. den in Anm. 45 hienach zitierten Entscheid) zu ergänzen ist.

16) Vgl. vorne § 14 vor N 8.

17) Beachte die umfangreiche Judikatur des Bundesgerichts zum Gleichheitsartikel der Bundesverfassung. Diese Rechtsprechung wird mit gutem Grund allgemein als "schöpferisch" bezeichnet; dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass – um mit SALADIN zu sprechen – erst von einer systematischen wissenschaftlichen Durchdringung der aus Art. 4 BV abgeleiteten Normen auch Anstösse zu vermehrter Uebersichtlichkeit und deutlicher Gliederung der Judikatur sowie zur theoretischen Klärung von Zusammenhängen und Ableitungen, welche heute in der Rechtsprechung allenfalls durch beinahe zufällige Bemerkungen nicht hinlänglich begründet werden, zu erwarten seien (vgl. SALADIN, Fairness 42). Diese Arbeit muss sich aber mit der Aufzählung der wichtigsten Grundsätze begnügen, ohne auf deren dogmatisches Fundament im Detail eingehen zu können.

§ 15 1.

meisten Verfassungsprinzipien (18) "letztlich 'Ausprägungen' eines einheitlichen 'Generalprinzips' sind" (19), lassen sie sich nur schwer eindeutig voneinander trennen.

Die für diese Arbeit zweckmässigste Unterscheidung der verschiedenen Verfassungsprinzipien hat SALADIN getroffen, indem er sie in "Verfahrensprinzipien" und "materielle Prinzipien" aufteilt, wobei die letztgenannten "auch auf das Verfahren ausstrahlen" (20). An dieser Stelle werden lediglich die wichtigsten der für den Bereich der Verwaltungsrechtspflege bedeutungsvollen Prinzipien kurz vorgestellt (21). Eine eingehendere Behandlung wird – soweit nötig – im Zusammenhang mit Einzelproblemen der Verwaltungsrechtspflege im allgemeinen und in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten im besonderen folgen.

18) Fortan wird der bei SALADIN (vgl. Anm. 13 hievor) gefundene terminus technicus verwendet.

19) SALADIN, Fairness 74.

20) SALADIN, Fairness 73.

21) Die folgenden Verfassungsprinzipien werden als allgemein bekannt vorausgesetzt und deshalb nicht näher behandelt: das grundsätzliche Willkürverbot, die derogatorische Kraft des Bundesrechts, das Gebot der Verhältnismässigkeit, die Verbote des überspitzten Formalismus' und der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, das (beschränkte) Rückwirkungsverbot, das Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben sowie das mit diesem in engem Zusammenhang stehende – vom Bundesgericht als Verfassungsprinzip aber noch nicht explizit anerkannte (vgl. SALADIN, Fairness 58 ff.) – Postulat der Rechtssicherheit.

1.1. LEGALITÄTSPRINZIP (22)

"Nach dem Legalitätsprinzip 'hat sich die gesamte Verwaltungstätigkeit im Rahmen des Gesetzes zu bewegen (23a). Wie die hoheitlich eingreifende unterliegt auch die gewährende Verwaltung dem rechtsstaatlichen Legalitätsprinzip' (23b)" (23). Obschon sich weder VwVG oder OG noch die meisten kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetze (24) zum Erfordernis der Gesetzmässigkeit von Verwaltungshandlungen explizit äussern, muss sie als fundamentales Prinzip des schweizerischen Verwaltungsrechts anerkannt werden (25). Deshalb auch ist Rechtswidrigkeit, die im wesentlichen einer Verfassungs- oder Gesetzeswidrigkeit gleichkommt (26), immer einer der möglichen Beschwerdegründe der verschiedenen Verwaltungsrechtspflegeerlasse (27).

Was die Qualifizierung des Legalitätsprinzips anbelangt, hat sich das Bundesgericht bis heute einzig im Bereich des Straf- und Fiskal-

-
- 22) Vgl. hierzu: FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 11 und 12; Zaccaria GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts I (Zürich 1960) 226 ff.; André GRISEL, Droit administratif Suisse (Neuchâtel 1970) 161 ff.; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtspflege I Nr. 59 B, 352 ff.; Christoph JEZLER, Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, insbesondere im Bund (Diss. Zürich 1967); SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht, 1.3.
- 23) Die Zitate 23a (SJZ 65 (1969) 142) und 23b (VEB 31 Nr. 21) stehen bei IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtspflege I Nr. 59 B, 354; vgl. auch BGE 103 Ia 369, insbesondere 380 ff.
- 24) Eine löbliche Ausnahme bildet § 2 I des Aargauer Verwaltungsrechtspflegegesetzes: "Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege sind an Gesetz und Recht gebunden".
- 25) "Das Prinzip der Gesetzmässigkeit ist geradezu als Dogma des Rechtsstaates anzusehen" (KOELZ, Kommentar N 29 zu § 50 VRG). Beachte aber auch BGE 105 Ia 2 ff., der den Ersatz eines formellen Gesetzes durch Gewohnheitsrecht als Möglichkeit im Rahmen des Legalitätsprinzips vorsieht.
- 26) Vgl. SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht 10.16 S. 61; ders., Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, ZSR NF 94 (1975) II 307 ff., 342.
- 27) Art. 49 lit. a VwVG, Art. 104 lit. a OG und z.B. Art. 50 VRG.

§ 15 1.1./1.2.

rechts für die Erhebung desselben zum Verfassungsprinzip (28) ausgesprochen. Mit SALADIN ist aber nicht einzusehen, warum der Legalitätsgrundsatz im Abgaben- und Strafbereich "Ausfluss" des Art. 4 BV und somit (abgeleitetes) "verfassungsmässiges Recht" sein solle, nicht aber in anderen Bereichen (etwa im Recht der Verwaltungssanktionen) (29).

1.2. ANSPRUCH AUF RECHTLICHES GEHÖR (30)

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewährung des rechtlichen Gehörs wurde vom Bundesgericht schon immer als eine Verletzung von Art. 4 BV (31) gewertet. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist somit unbestrittenermassen ein Verfassungsprinzip.

Für das Verwaltungsverfahren hatte unser höchstes Gericht den genannten Anspruch früher nicht grundsätzlich, sondern meist nur in Fällen "von besonders schwerwiegenden Eingriffen in die Rechtsstellung des Betroffenen" (32) geschützt. In neueren Entscheiden (33) dehnte das Bundesgericht die Geltung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

28) "Der verfassungsmässige Status des Legalitätsprinzips ist - abgesehen vom Straf- und vom Steuerrecht - in der gegenwärtigen bundesgerichtlichen Praxis weithin ungeklärt" (SALADIN, Fairness 66). In BGE 100 Ia 152 liest man aber: "principio costituzionale della legalità", was in Pra. 63 (1974) Nr. 203 mit "Verfassungsgrundsatz der Gesetzmässigkeit" (S. 583) übersetzt ist.

29) Vgl. SALADIN, a.a.O. (Anm. 26, 2. Quellenangabe) 342; Heinrich Andreas MUELLER, Der Verwaltungszwang (Diss. Zürich 1976) insbes. § 17 S. 112 ff.

30) Vgl. hiezu: FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 23 N 55 ff.; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 56/57; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 81-87; KOELZ, Kommentar N 1 ff. zu § 8 VRG; ders., Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess (2. Auflage, Zürich 1974) 11 ff.; SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht 16.2 - 16.233; ders., Fairness 44 ff.

31) Als formelle Rechtsverweigerung.

32) SALADIN, Fairness 45.

33) Vgl. BGE 106 Ia 74/75; 162 Erw. 2b, 105 Ia 49/50; 195 ff., 105 Ib 174 (= Pra. 68 (1979) Nr. 220 S. 547), 98 Ia 8.

allerdings fast bis zur Allgemeingültigkeit aus. Es bestehen jedoch weiterhin gewichtige Ausnahmen (34).

Das Verfassungsprinzip der Gewährung des rechtlichen Gehörs stellt eine Minimalgarantie dar. Das Bundesgericht hat deshalb immer wieder festgestellt, dass die direkt aus Art. 4 BV fliessenden - und somit bundesrechtlichen - Verfahrensvorschriften, die den Anspruch auf rechtliches Gehör sichern sollen, gegenüber den kantonalen Regelungen subsidiär sind. Nur wenn der Rechtsschutz der kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetze den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen nicht genügt, greift Art. 4 BV direkt Platz (35). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist für den Bereich des Verwaltungsverfahrensrechts des Bundes in Art. 29 ff. VwVG normiert (36).

1.3. ANSPRUCH AUF RECHTSPFLEGE

Es darf sicherlich als rechtsstaatliches Credo bezeichnet werden, dass Rechtssätze nicht nur auf demokratische Art und Weise erlassen, sondern auch dementsprechend angewendet werden sollen. Falls die einzelnen, unter der Herrschaft solcher Normen stehenden Rechtssubjekte dies nicht von sich aus tun, muss eine übergeordnete Autorität "nach dem Recht(en) sehen". Dies gilt nicht nur dann, wenn diese Rechts-

34) Wenn das öffentliche Interesse eine sofortige Entscheidung der Verwaltungsbehörde verlangt und zudem die Gewähr besteht, dass der Betroffene die angeordnete Massnahme einer späteren, ordentlichen und freien Ueberprüfung zuführen kann, darf das rechtliche Gehör verweigert werden (vgl. die in Anm. 33 hievor zitierten Entscheide).

35) Vgl. statt vieler BGE 106 Ia 74, 106 Ib 350, 105 Ia 194 Erw. 2, 103 Ia 38; 138, Pra. 70 (1981) N. 62 S. 149 Erw. 2.

36) Dabei ist zu beachten, dass i.S. der in Anm. 34 hievor beschriebenen Ausnahme "erstinstanzliche Verfahren in ... Verwaltungssachen, ... deren Natur die Erledigung auf der Stelle durch sofort vollstreckbare Verfügung erfordert" (Art. 3 lit. f VwVG) nicht durch das VwVG geregelt werden. Zu Art. 29 ff. VwVG vgl. u.a. GRISEL, a.a.O. (Anm. 22 hievor) 471/472.

§ 15 1.3.

subjekte, die in rechtlich geregelte Beziehungen zueinander treten, nicht "gleichberechtigt" und deshalb nicht "gleichmächtig" sind; was sich besonders darin äussern kann, dass die Aufnahme besagter Beziehungen durch Anordnung der mächtigeren Partei erzwungen wird. Ein Beispiel für die soeben beschriebene Situation ist das Verwaltungsrecht (37).

Das bereits behandelte Legalitätsprinzip (38) zwingt die Verwaltung, jede ihrer Handlungen auf einen Rechtssatz, der sich letztlich aus der Verfassung ableiten lässt, abzustützen. Tut sie dies nicht, muss sich das betroffene Rechtssubjekt wehren können. Pflicht und Recht stehen auf derselben Stufe; beide sind Verfassungsprinzipien (39). Damit ist aber vorderhand nur bestimmt, dass Verwaltungsverfahrensgesetze den Betroffenen Verteidigungsmöglichkeiten bieten müssen (40). Wie diese ausgestaltet sein müssen und insbesondere an welche übergeordnete Autorität sie zu richten sind, ist anderen Verfassungsprinzipien (41) und den entsprechenden Verwaltungsrechtspflegeerlassen (42) zu entnehmen.

37) Wobei man nicht vergessen darf, dass die Verwaltung oft auf Initiative des "Schwächeren", d.h. des später u.U. von der entsprechenden Verwaltungshandlung Betroffenen tätig wird.

38) Vgl. Ziffer 1.1. hievor.

39) In BGE 95 I 108 z.B. hat das Bundesgericht den Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz aus Art. 4 BV abgeleitet: "Der verfassungsmässig gewährleistete Grundsatz der Rechtsgleichheit verlangt ... unter anderem auch, dass jeder Bürger seine Rechte stetsfort mit allen von der Rechtsordnung zugelassenen Mittel wahren könne."

40) Vgl. SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht 2.1. S. 16.

41) Z.B. dem Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. Ziff. 1.2. hievor).

42) Art. 44 ff. VwVG und Art. 97 ff. OG.

1.3.1. Anspruch auf gerichtliche Rechtspflege

An dieser Stelle drängen sich ein paar Ueberlegungen zur Qualität der jeweiligen Rechtspflegeinstanz auf. Wie man nämlich dem Ausnahmekatalog zur Prüfungszuständigkeit des Bundesgerichts in Verwaltungssachen (43) entnehmen kann, bleibt der Weg zur gerichtlichen - und damit von der Exekutiven unabhängigen - Instanz des öfteren verschlossen. Was die Kantone anbelangt, sei daran erinnert, dass heute noch einige die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit entweder nicht kennen oder eine allfällig vorhandene nicht anrufen werden kann, wenn eine eidgenössische Beschwerdeinstanz, die allerdings nicht zur Judikative gehören muss, zur Verfügung steht (44). Ist dem vorher skizzierten Rechtsstaatsgedanken aber mit einer Ueberprüfung des angefochtenen Verwaltungsakts durch eine von der Verwaltung nicht unabhängige Rechtspflegeinstanz Genüge getan?

Die Bundesverfassung formuliert einen Anspruch auf gerichtliche Rechtspflege in Verwaltungsangelegenheiten nicht (45), und "das Bundesgericht hatte bisher, soweit ersichtlich, auch keine Veranlassung, einen derartigen Anspruch für den ganzen Bereich der Verwaltung als

43) Art. 99-102 OG.

44) Vgl. hiezu vorne § 7.

45) "Nach Art. 58 BV hat der Rechtsuchende einen verfassungsmässigen Anspruch auf Beurteilung seiner Streitsache durch einen unabhängigen und unparteilichen Richter ... Diese bundesrechtliche Garantie gilt jedoch ... nur für Verfahren vor Gerichtsinstanzen, nicht auch für Verfahren vor Verwaltungsbehörden. (Anders verhält es sich bezüglich des in Art. 58 BV mitenthaltenen Anspruchs auf Beurteilung durch den zuständigen Richter; diese Garantie kann gegebenenfalls auch gegenüber dem Entscheid einer Verwaltungsbehörde angerufen werden...)" (Entscheid der I. Oeffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 2. Mai 1979, publiziert in ZBl. 80 (1979) 484 ff.; 485); beachte aber auch die diesbezüglich geäusserte Kritik (a.a.O. 488).

§ 15 1.3.1.

ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz anzuerkennen" (46). Demnach gibt es vorderhand kein Verfassungsprinzip der gerichtlichen Verwaltungsrechtspflege; weder der Ausnahmekatalog von Art. 99-102 OG, der wegen Art. 114^{bis} III BV ohnehin nicht überprüft werden könnte, noch der Mangel oder Ausschluss einer kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit verletzt ein verfassungsmässiges Individualrecht (47).

46) SALADIN, *Verwaltungsverfahren* 2.1 S. 16; vgl. auch dens., *Fairness* 69. Im Gegensatz hiezu bestimmt z.B. Art. 19 IV GG: "Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben". Der "Rechtsschutz in Verwaltungssachen durch unabhängige Gerichte" ist in der Bundesrepublik Deutschland aber noch eingehender normiert (vgl. hiezu Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde vom 24. September 1965, BBl. 1965 II 1265 ff., 1289). Beachte insbesondere Art. 92 GG, der den Grundsatz der richterlichen Rechtsprechung festhält.

47) Eine Wertung dieser Situation bleibt vorbehalten. An dieser Stelle genüge der Hinweis auf Art. 5 EMRK und Art. 20 V BVE, durch dessen Vorbehalt zugunsten der Gesetze der Ausnahmekatalog des OG (Anm. 43 hievor) allerdings bestehen bliebe. Beachte auch den (wenig überzeugenden) Versuch BEYELER's, dem Art. 58 I BV aus der "historischen Entwicklung der Garantie des gesetzlichen Richters den Charakter einer Rechtsschutzgarantie und zusätzlich eine dem Art. 92 des Bonner Grundgesetzes entsprechende Bedeutung" zuzusprechen (Erwin BEYELER, *Das Recht auf den verfassungsmässigen Richter als Problem der Gesetzgebung* (Diss. Zürich 1978) 39). (Vgl. zur angesprochenen Bedeutung des Art. 92 GG Anm. 46 a.E. hievor.)

Der erwähnte Artikel 114bis II BV wurde der Bundesverfassung anlässlich der Partialrevision von 1914 beigelegt (vgl. vorne § 4 nach N 1 und nach N 2). Er stellt eine für die bundesgerichtliche Verwaltungsrechtspflege spezifizierte Uebernahme von Art. 113 III BV dar.

1.3.2. Anspruch auf rechtmässige Zusammensetzung der Rechtspflegeinstanz

Der Anspruch auf Rechtspflege in Verwaltungssachen ist – ohne Garantie der richterlichen Ueberprüfung – Verfassungsprinzip, und als solches zeitigt er gewisse Auswirkungen auf das entsprechende Verfahren. So kann die betroffene Partei verlangen, dass die über ihr Anliegen urteilende Rechtspflegeinstanz rechtmässig zusammengesetzt ist. Man könnte in diesem Anspruch, dessen Verletzung das Bundesgericht als formelle Rechtsverweigerung (als Verstoss gegen Art. 4 BV also) qualifiziert (48), einen weiteren Ausfluss des Legalitätsprinzips erkennen (49). Wenn sich jedes Verwaltungshandeln auf einen Rechtssatz abstützen können muss, gilt dies auch für die Tätigkeit einer Verwaltungsbehörde als Rechtspflegeinstanz. Der ratio dieses Prinzips würde es widersprechen, wenn wohl das Vorgehen, nicht aber die Zusammensetzung der Rechtspflegeinstanz durch Rechtssatz geregelt sein müsste (50).

48) Vgl. statt vieler BGE 100 Ia 31.

49) In der zu diesem Thema bestehenden Literatur findet sich allerdings nicht der geringste Hinweis auf ähnliche Schlussfolgerungen.

50) Eine nicht rechtssatzmässig geregelte Zusammensetzung ist eine ad hoc-Bildung von Verwaltungsrechtspflegeinstanzen. Wie nun BEYELER (a.a.O. (Anm. 47 hievor) 19 ff.) aufzeigt, fehlt einer solcherart konstituierten Rechtspflegeinstanz die Zuständigkeit. Der Entscheid einer unzuständigen Verwaltungsbehörde verstösst aber – wie der in Anm. 45 hievor zitierte Entscheid festhält – gegen Art. 58 I BV. Wenn aber die Zuständigkeit einer Rechtspflegeinstanz im Endeffekt von ihrer gesetzlichen Grundlage abhängt, ist Art. 58 I BV i.S. der Garantie der Rechtspflege durch eine zuständige Instanz im Bereich der Verwaltungsrechtspflege Ausfluss des Legalitätsprinzips.

§ 15 1.3.3.

1.3.3. Anspruch auf Ausstand befangener Mitglieder
der Rechtspflegeinstanz

In engem Zusammenhang mit der Frage nach einer recht(ssatz)-mässigen Konstituierung der Rechtspflegeinstanzen steht das Problem der Ausstandspflicht ihrer Mitglieder. Der Anspruch auf Ausstand befangener Mitglieder einer Rechtspflegeinstanz der Exekutive fliesst nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ebenfalls aus Art. 4 BV. Eine Ueberprüfung der in erster Linie massgeblichen kantonalen Ausstandsvorschriften nimmt es aber nur in bezug auf deren allfällig willkürliche Anwendung vor, denn die verfassungsrechtliche Garantie der Rechtspflege durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter, wie sie Art. 58 I BV statuiert, gilt – wie gezeigt – nicht für ein Rechtspflegeverfahren vor Verwaltungsbehörden (51). Nach Meinung des Bundesgerichts bietet die Rechtsprechung durch Verwaltungsbehörden nicht die gleichen Verfahrensgarantien wie die Rechtsprechung durch unabhängige Gerichtsbehörden. Wo erstere aber immer noch vorgesehen werde, seien die Nachteile dieser Form der Rechtspflege vom Gesetzgeber in Kauf genommen worden (52).

Für den Bereich der bundesgerichtlichen Verwaltungsrechtspflege ist das Verfassungsprinzip der Ausstandspflicht Befangener in den Art. 22–28 OG sehr ausführlich geregelt. Die Ausstandsregeln des Rechtspflegeverfahrens durch Verwaltungsbehörden sind in Art. 10, 59, 75 II i.V.m. 75 I und 76 VwVG (53) festgelegt. Eine Ueberprüfung dieser

51) Vgl. nochmals den in Anm. 45 hievor zitierten Entscheid. Trotz der dort geäusserten Kritik hält das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung fest (vgl. BGE 107 Ia 137 Erw. 2a).

52) Entscheid der Staatsrechtlichen Kammer des Bundesgerichts vom 5. Juli 1978, publiziert in ZBl. 80 (1979) 322 ff., 323. Beachte aber auch die kritische Würdigung des Zürcher Rekursverfahrens (a.a.O. 324 ff.).

53) Vgl. zu Art. 10 VwVG, dem Art. 9 EzVwVG entsprach, die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren vom 24. September 1965, Erläuterung zu Art. 9 EzVwVG, BBl. 1965 II 1348 ff., 1365/1366, 1379. Ueber die Grenzen des Ausstandsanspruchs vgl. BGE 105 Ib 301 ff. und den in Anm. 74 hienach zitierten Entscheid.

Normen ist wieder wegen Art. 114^{bis} III BV nicht möglich. Inwieweit das genannte Verfassungsprinzip auf kantonale Verfahrensrechte ausstrahlt, wird unter Ziff. 2. hienach beschrieben werden.

1.4. ANSPRUCH AUF UNENTGELTLICHE RECHTSPFLEGE UND VERTRETUNG

Schon in seiner frühesten Rechtsprechung hatte das Bundesgericht aus Art. 4 BV den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege abgeleitet und damit zum Verfassungsprinzip erhoben (54). Ihre Nichtgewährung kommt einer formellen Rechtsverweigerung gleich (55); sie ist nur dann zulässig, wenn die mittellose Partei von vorneherein keine Aussicht hat, mit ihren Begehren durchzudringen (56).

Einen Anspruch auf kostenlose Gewährung eines Rechtsbeistandes hatte unser höchstes Gericht vorerst nur für den Bereich der Zivilrechtspflege anerkannt. In allen anderen Rechtspflegeverfahren – also auch in solchen des Verwaltungsrechts – lehnte es diesen unter Berufung auf die dort herrschende Officialmaxime während langer Zeit

54) In BGE 13, S. 251 (zitiert bei SALADIN, Fairness 49 Anm. 30) heisst es: "... sofern es sich nicht etwa um offenbar grundlose Prozesse handelt, ... ist daran festzuhalten, dass das Recht der Vertheidigung in allen Instanzen dem armen Angeklagten nicht durch gesetzliche Vorschriften verkümmert werden darf, welche ihm dessen wirksame Ausübung thatsächlich unmöglich machen müssen, und ihn daher faktisch ungünstiger stellen als den Begüterten".

55) Vgl. IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 80 B, 495/496.

56) Vgl. statt vieler BGE 105 Ia 113 ff. und 98 Ia 342. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat zum Kriterium der Aussichtslosigkeit festgestellt, die Prozessführung müsse geradezu rechtsmissbräuchlich erscheinen (vgl. BGE 98 V 119, zitiert bei GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 245). Bezüglich der Ermittlung der Bedürftigkeit vgl. BGE 106 Ia 82 f. (= Pra. 70 (1981) Nr. 9 S. 16); Pra. 71 (1982) Nr. 120.

§ 15 1.4./1.5.

ab (57). Diese Haltung hat es aber später geändert (58).

Für die Bundesverwaltungsrechtspflege bestimmen heute die Art. 65 I und II VwVG sowie Art. 152 I und II OG in ähnlich lautenden Formulierungen den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Gewährung eines Anwalts. Kautelen i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (59) fehlen ebensowenig wie eine grundsätzliche Rückzahlungspflicht der (ehemals) bedürftigen Partei (60).

1.5. VERBOT DER VEREITELUNG VON BUNDESRECHT

Ob es sich beim genannten Grundsatz um ein Verfassungsprinzip handle oder nicht, ist umstritten. GYGI will ihn aus dem "Verfassungsgrundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts" (61) abgeleitet wissen. Anderer Ansicht sind KOELZ/KOTTUSCH; sie verstehen das Verbot als Ausfluss der "Ausstrahlungen des materiellen Rechts auf das Prozessrecht" (62). Das Bundesgericht hat einmal festgehalten, die Kan-

57) Vgl. hiezu SALADIN, Fairness 51. GYGI (Bundesverwaltungsrechtspflege 145 ff.) weist jedoch mit überzeugender Begründung nach, dass von einem Vorherrschen der (richtig verstandenen) Offizialmaxime im Verwaltungs(rechtspflege)verfahren nicht die Rede sein könne; in seinem früheren Lehrbuch hat er sogar ausdrücklich festgestellt: "Mit der vielberufenen Grundverschiedenheit von Verwaltungsprozess und Zivilprozess ist es nichts" (Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund (2. Auflage, Bern 1974) 41 unten). Auch KOELZ spricht in seiner in Anm. 30 hievor (an zweiter Stelle) zitierten Schrift von einer Annäherung des Verwaltungsprozesses an den Zivilprozess (S. 142).

58) Vgl. BGE 95 I 409 ff., aber auch BGE 104 Ia 77 Erw. 3c, wo eine weitere Einschränkung der unentgeltlichen Verbeiständung statuiert wird. Die diesbezügliche Abschwächung besagter Einschränkung in BGE 107 Ia 8 f. lässt jedoch für die Verwaltungsrechtspflege leider wiederum alles offen.

59) Vgl. bei N 56 und die entsprechende Anmerkung hievor.

60) Art. 65 IV VwVG; Art. 152 III OG.

61) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 74.

62) KOELZ/KOTTUSCH, Problemübersicht 440/441.

tone könnten keine Verfahrensnormen erlassen, welche die Verwirklichung des Bundeszivilrechts verunmöglichen würden, ohne gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts zu verstossen. Insofern habe das kantonale Zivilprozessrecht eine der Durchsetzung des Bundeszivilrechts dienende Funktion (63).

Das Bundesgericht hat zu Recht die "dienende Funktion" des kantonalen Verfahrensrechts gegenüber dem entsprechenden Bundesrecht zum Mittelpunkt seiner Betrachtungen gemacht. Es mag wohl stimmen, dass die derogatorische Kraft des Bundesrechts nur dort in Frage kommt, "wo beide (d.h. Bundes- und kantonales Recht) den gleichen Gegenstand betreffen" (64). Das ändert aber nichts daran, dass das Ziel eines jeden Bundesrechtserlasses die für das ganze Gebiet der Schweiz einheitliche Regelung einer bestimmten Materie ist.

Dies folgt ohne weiteres aus der für die Schweizerische Eidgenossenschaft gewählten bundesstaatlichen Kompetenzordnung, die ihren Niederschlag in Art. 3 BV gefunden hat. Nach dieser Norm besteht für den Bund das System der Einzelermächtigung; d.h. jedes Bundesgesetz muss sich auf eine Verfassungsnorm stützen, und jede neue Bundeskompetenz muss durch eine Verfassungsrevision zuerst begründet werden (65). Eine solche Verfassungsrevision braucht aber eine (zumindest politische) Begründung, ansonsten sie in Anbetracht der föderalistischen Tradition unseres Landes niemals das zur Annahme erforderliche Ständemehr erhalten würde. Eine Bundeskompetenz, welche im Endeffekt

63) BGE 104 Ia 108. In einem früheren und zudem verwaltungsrechtlichen Entscheid (BGE 103 Ib 148 Erw. 3a) hatte es dieselbe Idee schon zum Ausdruck gebracht; beachte hiezu auch Art. 53 II BVE.

64) Pra. 66 (1977) Nr. 10 (= BGE 102 Ib 282 ff.) S. 24. Auf den zitierten Entscheid berufen sich übrigens KOELZ/KOTTUSCH (Problemübersicht 441 Anm. 149) zur Untermauerung ihrer vorher wiedergegebenen Auffassung (vgl. bei N 62 hievor).

65) So geschehen im Jahre 1914, als die verfassungsrechtliche Basis für den Erlass des VwVG und der Bestimmungen des OG über die Verwaltungsrechtspflege geschaffen worden ist (vgl. vorne § 4 nach N 1 und nach N 2).

§ 15 1.5.

die Souveränität (66) der Kantone beschneidet, ist letztlich aber nur dann nötig (und somit politisch vertretbar), wenn sich eine gesamtschweizerische Regelung für ein Rechtsgebiet aufdrängt; hierin liegt Ursache und Zweck des Bundesrechts.

Soll nun aber diese einheitliche Regelung einer Materie durch "kantonale Eigenbrötlererei" in der Durchsetzung der entsprechenden Normen vereitelt werden können? Dürfen Zugeständnisse an die verschiedenen Strukturen und Rechtstraditionen der Stände die Verwirklichung von Bundesrecht über ein vertretbares Mass hinaus erschweren? Das Bundesgericht hat in BGE 102 Ib 282 ff. (= Pra. 66 (1977) Nr. 10 S. 25) betont, es sei zu beachten, dass der Gesetzgeber einen Text in der Absicht annehme, ihm eine ausreichende Wirksamkeit zu verleihen; dem ist nichts beizufügen.

Da - wie gezeigt - alles Bundesrecht entweder Verfassungsrecht oder in diesem begründete Rechtssätze und Gesetze einer tieferen Stufe in der Hierarchie der Rechtsnormen ist, muss die von seinem Motiv und Zweck her bestimmte einheitliche Verwirklichung gleichsam ein verfassungsmässiger Auftrag sein. Deshalb muss das Verbot der Vereitelung von Bundesrecht selbst ein Verfassungsprinzip sein. Eine Bezugnahme auf die als verfassungsmässiger Grundsatz anerkannte derogatorische Kraft des Bundesrechts ist für diesen Schluss unnütz, denn das genannte Verbot gilt auch für Bundesrecht. Nicht nur kantonales Recht kann Bundesrecht verletzen oder vereiteln; diese Gefahr besteht grundsätzlich auch bei Bundesrecht (67). Dass solches (die einheitliche Ver-

66) Souveränität steht in Art. 3 BV für Kompetenz.

67) So bestimmt z.B. Art. 41ter V lit. c BV a.E., dass die Folgen der kalten Progression für die direkte Bundessteuer vom Einkommen der natürlichen Personen (Art. 41ter I lit. c BV) periodisch auszugleichen seien. Gestützt auf die genannte Kompetenz hatte der Bundesrat die Wehrsteuer eingeführt (Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer Wehrsteuer vom 9. Dezember 1940; SR 642.11). Der verfassungsmässig verlangte Ausgleich der kalten Progression ist jedoch bis anhin nicht vollständig vorgenommen worden.

Ein weiteres Beispiel für die Vereitelung von Bundesrecht durch Bundesrecht ist die faktische Ausserkraftsetzung von Art. 2 des

wirklich von Bundesrecht möglicherweise störendes) Bundesrecht aufgrund von Art. 113 III und 114^{bis} III BV keiner gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden kann, schafft das (theoretische) Problem noch nicht aus der Welt (68).

Das Verfassungsprinzip des Verbots der Vereitelung von Bundesrecht ist gewissermassen als Auffangbecken zu verstehen. Jeder Rechtsatz, der zugunsten der einheitlichen Verwirklichung des Bundesrechts irgendwie das kantonale Vollzugsrecht im weitesten Sinne beeinflusst, ohne sich mehr oder weniger direkt aus Art. 4 BV oder einer anderen verfassungsrechtlichen Norm ableiten zu lassen, fällt unter das soeben beschriebene Verfassungsprinzip.

Vertrages zwischen der Schweiz und der österreichisch-ungarischen Monarchie zur Regelung der Niederlassungsverhältnisse ... vom 7. Dezember 1875 (SR 0.142.111.631), der die Bürger der Vertragsstaaten bezüglich Grundstückserwerbs einander gleichgestellt hatte, durch den Bundesbeschluss über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 23. März 1961 (SR 211.412.41). Im Jahre 1975 suspendierte dann die Republik Österreich ihrerseits die Anwendung besagten Art. 2 unter Hinweis auf die nicht mehr gegebene "formelle Gegenseitigkeit bei der Behandlung der Staatsangehörigen beider Vertragsstaaten", was von der Eidgenossenschaft kommentarlos akzeptiert wurde (vgl. den Notenwechsel vom 28. April/9. Mai 1975 betreffend Suspendierung von Art. 2 des Niederlassungsvertrages; SR 0.142.111.631.2).

- 68) Dass man sich dieser Gefahr bewusst ist, zeigt Art. 109 III BVE, der dem Bundesgericht ein akzessorisches Prüfungsrecht bezüglich der Bundesgesetze verleihen will. Wie umstritten diese vorgeschlagene Lösung war und ist, lässt sich der Entwurfsvariante zum selben Artikel und dem Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (S. 178 ff.) entnehmen. (Die Kommission verwendet übrigens statt des Begriffes "akzessorisches Prüfungsrecht" denjenigen der "repressiven, konkreten Normenkontrolle".)

2. Beeinflussung des kantonalen Verfahrensrechts durch Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsrecht (69)

Die Art und Weise der Einwirkung von verfassungsmässigen Verfahrensprinzipien und bundesrechtlichen Verwaltungsverfahrensvorschriften auf kantonales Recht ist verschieden. Die Verfassungsprinzipien beanspruchen Geltung, sobald die von ihnen gesetzten Minimalgarantien nicht erfüllt werden; eine weitere Voraussetzung ist nicht verlangt.

Die in Bundesgesetzen normierten Regeln des Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahrensrechts greifen demgegenüber in Verfahren vor kantonalen Verwaltungsbehörden grundsätzlich nicht Platz. Hiezu bedarf es in der Regel eines ausdrücklichen Geltungsvorbehalts (70), selbst wenn es um den Vollzug von Bundesverwaltungsrecht geht.

Diese Unterscheidung ist vor allem dort von Bedeutung, wo ein Verfassungsprinzip durch eine bundesgesetzliche Vorschrift ausgeführt wird. Dies geschieht z.B. für den aus Art. 4 BV abgeleiteten Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 29 ff. VwVG (71). Stellt sich nun in einem kantonalen Verwaltungs(rechtspflege)verfahren die Frage, ob, gegebenenfalls wieweit und/oder wem rechtliches Gehör zu gewähren sei, und gibt das kantonale Recht entweder keine oder nur eine unbefriedigende Antwort, so ist die Lösung in der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 4 BV zu suchen, denn der soeben erwähnte Geltungsvorbehalt von Art. 1 III VwVG erfasst die Art. 29 ff. VwVG grundsätzlich

69) Vgl. zum Ganzen KOELZ/KOTTUSCH, Problemübersicht. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass diese das unter Ziff. 1.5. hievord behandelte Verbot der Vereitelung von Bundesrecht nicht als Verfassungsprinzip qualifizieren (vgl. bei N 62 hievord).

70) Einen solchen enthält z.B. Art. 1 III VwVG. Beachte hiezu aber auch hinten § 27 2.

71) Vgl. hiezu Ziff. 1.2. hievord, insbesondere bei N 31 und N 36.

nicht (72). Analoges gilt auch für andere bundesgesetzlich konkretisierte Verfassungsprinzipien. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die bundesgesetzlichen Normen Ausdruck des herrschenden Rechtsempfindens sind und somit die Interpretationen der entsprechenden Verfassungsvorschriften durch das Bundesgericht zwangsläufig beeinflussen müssen.

Man sollte aufgrund der Rechtsnatur der Verfassungsprinzipien eigentlich annehmen können, ihnen käme in allen Kantonen gleiche Bedeutung zu. Wenn sich aber die bundesgerichtliche Ueberprüfung auf die Frage einer willkürlichen Handhabung der vorhandenen kantonalen Vorschriften beschränkt (73), bleibt viel Raum für Rücksicht auf Eigenheiten der Stände (74). Dass damit unserem eigentlichen Sorgenkind - dem "Vollzugsföderalismus" (75) nämlich - zusätzlich Vorschub geleistet wird, dürfte unschwer zu erkennen sein.

72) Im VRG z.B. ist der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht explizit erwähnt; lediglich eine seiner konkreten Erscheinungsformen ist in den § 8 und 9 (Akteneinsicht) festgehalten (vgl. KOELZ, Kommentar N 26 ff. zu § 8 und N 1 ff. zu § 9 VRG). In Anbetracht der vorher beschriebenen Wirkungsweise des Verfassungsprinzips der Gewährung des rechtlichen Gehörs kann einer Partei eines zürcherischen Verwaltungs(rechtspflege)verfahrens hieraus aber kein Nachteil erwachsen.

73) Wie dies z.B. bei den Regeln über die Ausstandspflicht Befangener gilt (vgl. Ziff. 1.3.3. vor N 51 hievor).

74) Man beachte den in ZBL. 80 (1979) 488/489 auszugsweise publizierten Entscheid der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 9. Mai 1979, wo folgendes geschrieben steht: "Hinsichtlich der Ausstandspflicht für Mitglieder der Behörden kleiner Landgemeinden dürfen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden" (S. 488 unten)! Ob damit dem "Fundamentalsatz einer geordneten Rechtspflege", wie das Bundesgericht (zitiert bei SALADIN, Fairness 48 bei N 27) den Anspruch auf Ausstand Befangener schon bezeichnet hat, zum Durchbruch verholfen wird, darf füglich bezweifelt werden.

75) Vgl. zu diesem Begriff: Hans HUBER, Feilen und Rütteln am Bundesstaat, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung (NZZ-Schriften zur Zeit 42, Zürich 1979) 121 ff., 128; KOELZ/KOTTUSCH, Problemübersicht 422.

2. KAPITEL

UND

§ 16 AUFGABEN DER VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

LITERATUR: Fritz GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege (Bern 1979; zit. Bundesverwaltungsrechtspflege).

"Das (vor allem historisch gesehen) primäre Ziel der 'Verwaltungsrechtspflege' (Verwaltungsgerichtsbarkeit und in grundsätzlicher Weise geordnetes Verwaltungsvfahren), war und ist Schutz verfassungsrechtlich begründeter Anliegen der Bürger" (1). Aus dieser Formulierung spricht das ursprüngliche Unbehagen des Bürgers vor der Allmacht einer ihm feindlich gesinnten Verwaltung (2), das sich bis heute noch nicht gelegt hat und bei dem ständigen Ausbau der Verwaltungsaufgaben wohl auch kaum bald verschwinden wird. Der Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der Verwaltung stand denn auch anlässlich der Neugestaltung der Bundesverwaltungsrechtspflege im Jahr 1968 (3) im Vordergrund der Argumentation (4).

-
- 1) Peter SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes (Basel/Stuttgart 1979) 2.1 S. 17.
 - 2) Vgl. die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes vom 20. Dezember 1911, BBl. 1911 V 322 ff. (zitiert vorne § 4 vor N 2).
 - 3) Vgl. vorne § 5.
 - 4) Beachte, dass die Ausführungen des Bundesrates in seiner Botschaft an die Bundesversammlung über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde vom 24. September 1965, BBl. 1965 II 1265 ff., über den Zweck der Verwaltungsgerichtsbarkeit (S. 1266) für die Verwaltungsrechtspflege als solche gelten. Die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, BBl. 1965 II 1348 ff., spricht lediglich von "mehr Rechtsschutz für den Bürger" (S. 1353).

Das obige Zitat zeigt aber zugleich, dass SALADIN auch das Verwaltungsverfahren – sei es nun das streitige oder das nichtstreitige (5) – zum Gesamtkonzept der Verwaltungsrechtspflege zählt. Eine andere Meinung hiezu vertritt GYGI (6), allerdings ohne dies zu begründen.

Durch die teilweise erfolgte Ausdehnung der Beschwerdelegitimation in Verfahren der Verwaltungsrechtspflege (7) auch auf nicht direkt Betroffene, die in den letzten Jahren einerseits durch Gesetze und andererseits durch die Rechtsprechung erfolgt ist, wurde der soeben beschriebene Individualschutz gegenüber der Verwaltung als Hauptmotiv der Verwaltungsrechtspflege etwas in den Hintergrund gedrängt (8). Ausserdem gibt es als Folge des Ausbaues unseres Sozialstaats immer mehr Verwaltungsrecht, das dem einzelnen Bürger Ansprüche gewährt oder seinem Schutz i.a. dient. In diese Gruppe gehört nicht zuletzt das Arbeitsgesetz.

Weitere der Verwaltungsrechtspflege zugewiesene Aufgaben wären, die einheitliche und gesetzmässige Handhabung des Verwaltungsrechts zu gewährleisten sowie dessen Weiterentwicklung zu fördern (9); GYGI z.B. steht diesen Postulaten aber skeptisch gegenüber (10).

5) Vgl. zu diesen Begriffen hinten § 19.

6) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 16 sowie das vorne § 12 bei N 22 und in der entsprechenden Anmerkung daselbst Gesagte.

7) Vgl. hiezu hinten § 27.

8) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 18.

9) Vgl. zum Ganzen: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde vom 24. September 1965, a.a.O. (Anm. 4 hievon) 1266; SALADIN, a.a.O. (Anm. 1 hievon) 1.2 S. 17. Auswirkungen hatte sich der Bundesrat von der Kodifikation des Bundesverwaltungsverfahrensrechts versprochen (vgl. vorne § 5 nach N 12). Für die Aufgaben der Verwaltungsrechtspflege als solche vgl. zudem Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, Bemerkungen zu Art. 51–54 EzArG, BBl. 1960 II 909 ff., 1006/1007.

10) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 17/18.

§ 16

"Im Mittelpunkt der Verwaltungsrechtspflege steht jedoch - wie bei jeder Art von Justiz - die Aufgabe, über streitige verwaltungsrechtliche Rechtsverhältnisse eine verbindliche, für alle Beteiligte massgebende Entscheidung herbeizuführen und damit den Streit beizulegen." Es geht m.a.W. in erster Linie um "autoritative, also mit unbestreitbarer Verbindlichkeit ausgestattete Beurteilung eines Streites über ein konkretes Rechtsverhältnis ... des Verwaltungsrechts" (11).

Da an jedem verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnis eine Verwaltungsbehörde direkt oder indirekt beteiligt ist und da sich im weiteren das Verwaltungshandeln (besonders im Bereich des Arbeitsgesetzes) fast ausschliesslich in der Form einer Verfügung äussert (12), ist Ausgangspunkt jeder Verwaltungsrechtspflege eine Verfügung (13). Eine eingehendere Beschäftigung mit diesem Kernstück der Verwaltungsrechtspflege ist deshalb erforderlich.

11) Beide zitierten Aussagen stehen bei GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 18.

12) Vgl. hiezu vorne § 14 bei N 4 und N 5.

13) Art. 44 VwVG; Art. 97 I OG. Für den Bereich des Arbeitsgesetzes vgl. vorerst einmal Art. 55 und 56 ArG. Ansonsten vgl. auch: Peter SALADIN, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, ZSR NF 94 (1975) II. Halbband 307 ff., 313, 320; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 27.

3. KAPITEL

DIE VERFÜGUNG IM VERWALTUNGSRECHTSPFLEGEVERFAHREN

LITERATUR: Fritz GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege (Bern 1979; zit. Bundesverwaltungsrechtspflege); Rolf Heinrich HALTNER, Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahren des Bundes (Artikel 5 VwVG) (Diss. Zürich 1979; zit. Verfügung); Walther HUG (Herausgeber), Kommentar zum Arbeitsgesetz (Bern 1971; zit. Bearbeiter in HUG); Max IMBODEN/René A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung I-II (5. Auflage, Basel/Stuttgart 1976; zit. Verwaltungsrechtsprechung); Alfred KOELZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (Zürich 1978; zit. Kommentar); Alfred KOELZ/Peter KOTTUSCH, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahren, ZBl. 79 (1978) 421 ff. (zit. Problemübersicht); Peter SALADIN, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, ZSR NF 94 (1975) II. Halbband 307 ff. (zit. Verwaltungsprozessrecht).

§ 17 VERFUEGUNGSBEGRIFF

1. Verfügungsbegriff im Arbeitsgesetz

Art. 55 und 56 ArG stellen zwar Verfügungen als Ausgangspunkt der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege in den Vordergrund, eine Definition des Begriffs "Verfügung" lässt sich den genannten Normen aber nicht entnehmen. Art. 57 ArG hält im übrigen fest, dass ein Verwaltungsrechtspflegeverfahren auch gegen "Entscheide der letzten kantonalen Instanz" angestrengt werden könne. Verfügungen und Entscheide werden somit bezüglich ihrer Funktion in der Verwaltungsrechtspflege (1) des Arbeitsgesetzes einander gleichgestellt.

Weiter vorne im Arbeitsgesetz taucht der Begriff "Verwaltungsverfügung" auf, um sogleich wieder unter der Bezeichnung "Verfü-

1) Vgl. hiezu hinten § 19, besonders nach N 62 daselbst.

§ 17 1.

gung" (2) weiterverwendet zu werden. Was unter einer "Verwaltungsverfügung" zu verstehen ist, steht in der bundesrätlichen Botschaft zum Arbeitsgesetz: "Als Verwaltungsverfügung, die von den zuständigen Behörden auf Grund des Gesetzes oder einer Verordnung getroffen wird, gilt vor allem jede Erteilung oder Verweigerung einer Bewilligung oder Genehmigung ..." (3).

BIGLER ergänzt diese Begriffsbestimmung mit der Feststellung, durch die Verwaltungsverfügung, die von den zuständigen Behörden auf Grund des Arbeitsgesetzes oder einer Verordnung getroffen werde, werde jemand zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verhalten (4). Gemäss HINDERMANN sind auch Anordnungen der Eidgenössischen Arbeitsinspektorate und des Arbeitsärztlichen Dienstes von erheblicher Tragweite (5) Verwaltungsverfügungen i.S. von Art. 50 I ArG (6).

Eine recht ausführliche Umschreibung des Begriffs "Verfügung" findet man bei CANNER/SCHOOP: Verfügungen sind "Verwaltungsakte der zuständigen Behörde, durch welche Gesetze oder VO (Verordnungen) auf den Einzelfall zur Anwendung gebracht werden, ihrerseits im Verwaltungsgerichts- oder Verwaltungsbeschwerde-Verfahren weitergezogen werden können, deren Missachtung andererseits zu Zwangsmassnahmen oder anderen Nachteilen führen kann" (7). Für JAGMETTI sind Verfügungen

-
- 2) Vgl. den Titel vor Art. 50 ArG: "VI. Durchführung des Gesetzes, 4. Verwaltungsverfügungen und Verwaltungsmassnahmen"; Art. 50 ArG.
 - 3) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, Bemerkungen zu Art. 46 EzArG, BBl. 1960 II 909 ff., 1003.
 - 4) Vgl. F. Walter BIGLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz (2. Auflage, Bern 1968) N 1 zu Art. 50 ArG.
 - 5) Art. 82 I i.V.m. II ArGVO I.
 - 6) Vgl. Walter E. HINDERMANN, Leitfaden zum Arbeitsgesetz (2. Auflage, Zürich 1979) 127.
 - 7) Rudolf CANNER/René SCHOOP, (Kurzkommentar zum) Arbeitsgesetz (2. Auflage, Zürich 1976) Anm. 1a zu Art. 50 ArG, 211. Zu den verschiedenen Beschwerdeverfahren, die an der zitierten Stelle angegeben sind, vgl. hinten § 19.

Verwaltungsakte;" d.h. "individuell-konkrete Anordnungen, durch die von staatlichen Organen im nichtstreitigen Verfahren Rechtssätze auf die Einzelfälle angewendet werden" (8); er unterscheidet "rechtsgestaltende Verwaltungsakte (und) feststellende Verwaltungsakte (auch Feststellungsverfügungen genannt)" (9). "Zum Begriff der Verwaltungsakte oder -verfügungen" (10) verweist er jedoch grundsätzlich auf Art. 5 VwVG (11).

2. Verfügungsbegriff des Bundesverwaltungs- rechtspflegeverfahrens

Die zentrale Bestimmung ist der soeben erwähnte Art. 5 VwVG, der aufgrund einer ausdrücklichen Uebernahmenvorschrift auch für den Bereich der gerichtlichen Bundesverwaltungsrechtspflege gilt (12). Damit wird "der Begriff der Verfügung ... zentrales Eingangstor zum prozeduralen Verwaltungsrecht" (13) des Bundes. Die bundesrätliche Botschaft hatte den Gehalt der verschiedenen Beispiele des Art. 5 VwVG zusammengefasst definiert als "rechtsgestaltende - Befehl, Erlaubnis, Genehmigung usw. ... - oder feststellende Anordnungen, welche das objektive öffentliche Recht mit seinen generell und abstrakt umschriebenen Verpflichtungen oder Vergünstigungen im individuellen und kon-

8) JAGMETTI in HUG N 11 der Vorbemerkungen zu Art. 50 ArG. Zum Begriff des nichtstreitigen Verfahrens vgl. hinten § 19.

9) JAGMETTI in HUG N 12 f. der Vorbemerkungen zu Art. 50 ArG.

10) JAGMETTI in HUG N 11 der Vorbemerkungen zu Art. 50 ArG.

11) Beachte, dass das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 im HUG'schen Kommentar mit der heute nicht mehr gebräuchlichen Abkürzung BGVV zitiert wird.

12) Art. 97 I OG; vgl. auch GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 98.

13) SALADIN, Verwaltungsprozessrecht 314.

§ 17 2.

kreten Einzelfall zur Anwendung bringen. (Auch) die Abweisung oder das Nichteintreten auf ein Begehren ... ist Verfügung" (14).

In Literatur und Rechtsprechung tauchen immer wieder verschiedene Definitionen der Verfügung (oder ihrer Synonyma) auf (15), wobei einzelne Autoren sogar selbst unterschiedliche Formulierungen gebrauchen (16). Art. 5 VwVG wiederum lässt mit seiner Aufzählung leider bezüglich einiger Arten von Verwaltungshandlungen (17) die Frage seiner Anwendbarkeit offen. Da aber wegen Art. 97 I OG das, was Art. 5 VwVG unter einer Verfügung versteht, gleichermassen für das Organisationsgesetz gilt, wirken sich die Definitionen des OG (18) umgekehrt auch auf die soeben angetönte Subsumtionsproblematik (19) aus. "Die beiden Gesetze sind gerade in der Rechtsfigur der Verfügung so eng miteinander verknüpft, dass die einschlägigen Bestimmungen des OG als (bewusste oder unbewusste) Konkretisierung des Art. 5 VwVG zu qualifizieren sind" (20).

-
- 14) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, Erläuterung zu Art. 4 EzVwVG, BBl. 1965 II 1348 ff., 1362/1363. Die zitierte Stelle bezieht sich auf Art. 4 EzVwVG, dessen Abs. 1 und 2 (S. 1377/1378) im wesentlichen unverändert heute in Art. 5 I und II VwVG stehen.
 - 15) Vgl. die Umschreibungen bei HALTNER (Verfügung 18), die in Anm. 23 daselbst zitierten BGE 101 Ia 74, 98 Ib 462 f. sowie neuerdings BGE 105 Ib 35; 107; 139. "Ein Entscheid, der ausschliesslich auf kantonales Recht gestützt wird, im Ergebnis jedoch auf die Billigung einer Verletzung von Bundesrecht hinausläuft, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG..." (BGE 107 Ib 170 Regesten; Urteilstext vgl. Pra. 70 (1981) Nr. 248).
 - 16) Vgl. z.B. Fritz GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund (1. Auflage, Bern 1969) 11; ders., a.a.O. (2. Auflage, Bern 1974) 25/26; ders., Bundesverwaltungsrechtspflege 26.
 - 17) Dieses Problem wird hinten in § 18 behandelt werden.
 - 18) Gemeint sind insbesondere die Art. 98-101 OG.
 - 19) Im Prinzip geht es doch bei der Frage, ob eine Verwaltungshandlung eine Verfügung i.S. des Bundesverwaltungsrechtspflegeverfahrens sei oder nicht, um die Subsumtion dieser Handlung unter die in Art. 5 VwVG genannten Kategorien von Verfügungen.
 - 20) SALADIN, Verwaltungsprozessrecht 316.

Der Verfügungsbegriff des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes stimmt im übrigen mit demjenigen des materiellen Verwaltungsrechts überein (21). Dies ist in Ermangelung einer Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts von Bedeutung, eine vertiefte Untersuchung der angezeigten Übereinstimmung würde aber den Rahmen dieser Arbeit sprengen (22). Jedenfalls sollte eine solche Kodifizierung den Begriff der Verfügung einer allumfassenden Legaldefinition zuführen (23).

3. Verfügungsbegriff im Zürcher Verwaltungsrechtspflegegesetz

Man wird im Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (VRG) vergeblich nach den bereits genannten termini technici wie "Verfügung", "Verwaltungsverfügung" oder "Verwaltungsakt" suchen. Der verwendete Ausdruck ist "Anordnung" (24). BOSSHART hat unter diesen Begriff so ziemlich alles subsumiert, was eine Verwaltungsbehörde überhaupt tun kann. Selbst der öffentlichrechtliche Vertrag und privatrechtliches Handeln einer Exekutivbehörde fallen nach ihm "unter den Oberbegriff der Anordnung" (25). Er greift dann aber

21) Vgl. hierzu: GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 98; SALADIN (Verwaltungsprozessrecht 308/309), der den Verwaltungsakt als Scharnier zwischen prozeduralem und materiellem Verwaltungsrecht bezeichnet. Diesen Begriff übernehmen KOELZ/KOTTUSCH, Problemübersicht 428 bei N 42 und 446 vor N 189. KOELZ (Kommentar N 2 zu § 19 VRG) bezeichnet den "Verfügungsbegriff (als) ... Angelpunkt zwischen Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht", verneint aber gleichzeitig, dass sich dieser mit dem Begriff des Verwaltungsaktes der allgemeinen Rechtslehre decke.

22) Vgl. hierzu Reto SUHR, Möglichkeiten und Grenzen der Kodifizierung des allgemeinen Teils des schweizerischen Verwaltungsrechts (Diss. Zürich 1975) 30 f.; vgl. auch die daselbst zitierten Stellen.

23) Der selben Ansicht ist SUHR, a.a.O. (Anm. 22 hievon) 94/95.

24) Vgl. z.B. § 8, 19 ff. 29 und 30 VRG.

25) Eduard BOSSHART, Zürcherische Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zum Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Zürich 1969) N 3 der Vorbemerkungen zu § 4 VRG.

§ 17 3.

doch auf das bekannte Begriffsinstrumentarium zurück und reiht die einzelnen Ausdrücke einfach aneinander:

"Alle ... tatsächlichen Massnahmen und rechtsgeschäftlichen Handlungen einer Verwaltungsbehörde sind Verwaltungsakte im weiteren Sinne. Als Anordnung im Sinne des Gesetzes ist somit ein Verwaltungsakt im weiteren Sinne zu verstehen. Verwaltungsakt im engeren Sinne ist nur die mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene, auf einen rechtlichen Erfolg abzielende Handlung einer Verwaltungsbehörde. Eine solche Verfügung kann inhaltlich Verwaltung oder Rechtsprechung oder beides sein" (26).

KOELZ weist in seinem Kommentar darauf hin, dass der Oberbegriff "Anordnung" die im zürcherischen Recht früher gebräuchlichen Begriffe "Verfügung" und "Entscheidung" zusammengefasst und ersetzt habe. Er betont jedoch zu Recht, dass die altzürcherische Unterscheidung zwischen Verfügungen als erstinstanzliche und Entscheidungen als im Rechtsmittelverfahren gesetzte Verwaltungsakte heute sowohl in Lehre und Praxis als auch in den jüngeren Verwaltungsrechtspflegeerlassen wieder vermehrt angewendet werde (27).

KOELZ versteht "unter Verfügung jede verwaltungsbehördliche Massnahme, durch die ein konkreter Einzelfall mit unmittelbarer und verbindlicher rechtlicher Wirkung geregelt wird" (28). Man könne sie auch als verwaltungsbehördliche Willensäusserung für den konkreten Einzelfall mit Verbindlichkeitswirkung charakterisieren (29). Im weiteren verdeutlicht er, dass gesetzlich geregeltes, rechtsgeschäftliches Verwaltungshandeln sowie privatrechtliche (30) Willensäusserungen

26) BOSSHART, a.a.O. (Anm. 25 hievor) N 3 der Vorbemerkungen zu § 4 VRG.

27) KOELZ, Kommentar N 1 zu § 19 VRG. Als typisches Beispiel hiefür dürfen das Arbeitsgesetz (Art. 56 ArG) und das Bundesverwaltungsverfahrensgesetz (Art. 34 und 61 II VwVG) angesehen werden.

28) KOELZ, Kommentar N 3 zu § 19 VRG.

29) Vgl. KOELZ, Kommentar N 4 zu § 19 VRG.

30) Privatrechtlich ist hier als Gegensatz zur öffentlichrechtlichen Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde zu verstehen (vgl. KOELZ, Kommentar N 4 zu § 19 VRG, 138).

und Willenseinigungen einer Verwaltungsbehörde keine Verfügungen seien (31).

4. Zusammenfassung

Im Gegensatz zu den Verwaltungs(rechtspflege)verfahrensgesetzen des Bundes, in welchen "die Verfügung als Zentralbegriff erscheint" (32), stand und steht die Begriffsbestimmung dieses Verwaltungsinstruments nicht unbedingt im Mittelpunkt des legislatorischen Interesses der Stände. Wenn kantonale Erlasse die Verfügung (33) überhaupt näher umschreiben, finden sich oft der eidgenössischen Gesetzgebung entsprechende Legaldefinitionen (34). "Auch mit diesen ... stellen sich bei der Bestimmung der einzelnen Begriffselemente ähnliche und gleiche Probleme wie im Bund" (35).

Im Bereich des kantonalen Verwaltungsrechts sind die Stände selbstverständlich frei, eine von Art. 5 VwVG abweichende Bestimmung des Begriffs "Verfügung" (oder wie der Ausdruck auch immer lauten mag) zu wählen. Soweit sie aber Bundesverwaltungsrecht - wie z.B. das Arbeitsgesetz - zu vollziehen haben, "folgt aus dem Verbot der Vereitelung des Bundesrechts (36), dass die Kantone in Bundesverwaltungssachen den Verfügungsbegriff nicht enger fassen dürfen als das Bundesrecht" (37). M.a.W. beurteilt sich die rechtliche Qualität von

31) Vgl. KOELZ, Kommentar N 4 zu § 19 VRG, 138. Durch diese klare Aussage wird die Begriffsumschreibung BOSSHARTs (vgl. vor N 26 hievore) leichter verständlich.

32) HALTNER, Verfügung 14.

33) Die dabei verwendete Terminologie spielt keine Rolle.

34) Vgl. § 6 der Schwyzer Verwaltungsrechtspflegeverordnung vom 6. Juni 1974 mit Art. 5 VwVG; weitere Beispiele bei KOELZ/KOTTUSCH, Problemübersicht 446 Anm. 190.

35) HALTNER, Verfügung 16.

36) Vgl. hiezu vorne § 15 1.5.

37) KOELZ/KOTTUSCH, Problemübersicht 446.

§ 17 4./§ 18

Verwaltungshandlungen kantonalen Behörden, welche diese im Rahmen ihrer delegierten Vollzugskompetenz von Bundesverwaltungsrecht vornehmen, einzig nach Art. 5 VwVG (38).

Diese Feststellung ist jedoch nicht nur deklaratorischer Natur, sondern sie enthält die Grundlage konkreter Vorschriften. "Erfüllt (nämlich) eine in Anwendung von Bundesrecht ergangene Handlung einer kantonalen Behörde die Anforderungen von Art. 5 VwVG, so ist sie in die Form einer anfechtbaren Verfügung zu kleiden und ist sie damit letztinstanzlich bei einer Rechtsmittelinstanz des Bundes anfechtbar" (39). Auf die eben angetönten Formvorschriften wird später noch eingegangen werden (40).

§ 18 FORMEN VERFÜGUNGSÄHNLICHER VERWALTUNGSHANDLUNGEN

Die anschliessende summarische Untersuchung der in Fallgruppen unterteilten verfügungsähnlichen Verwaltungshandlungen erfolgt nur hinsichtlich ihrer Bedeutung für die verschiedenen Verwaltungsrechtspflegeverfahren (41). Es geht also um die Frage, ob eine verfügungsähnliche Handlung angefochten werden kann. Gemäss Art. 44 VwVG und Art. 97 I OG können grundsätzlich nämlich nur Verfügungen i.S. von Art. 5 VwVG einem Rechtsmittelverfahren zugeführt werden (42). Demnach muss umgekehrt und vereinfachend gelten: Jede Verwaltungshandlung, die durch eine Rechtsmittelinstanz überprüft werden kann, ist

38) Gegebenenfalls unter Bezug der Definitionen der Art. 98-101 OG; vgl. Ziff. 2 nach N 17 hievov.

39) KOELZ/KOTTUSCH, Problemübersicht 446. Vgl. auch die vorne in § 14 Anm. 5 zitierte Aussage von KOELZ.

40) Vgl. hinten § 29 1.2.

41) Zu den verschiedenen Rechtspflegeverfahren vgl. hinten § 19.

42) Vgl. BGE 105 Ib 35; 107; 139; 354. Beachte aber die - in der Praxis allerdings bedeutungslose - Ausnahme, die Art. 73 I VwVG statuiert.

eine Verfügung i.S. der Legaldefinition von Art. 5 VwVG (43). Dabei zeigt sich aber des öfteren, dass der Verfügungsbegriff der Verwaltungsrechtspflege weniger weit geht als derjenige des allgemeinen Verwaltungsrechts (44).

1. Verwaltungsverordnungen

Gleichbedeutend mit dem Begriff der Ueberschrift sind u.a. die Ausdrücke: Dienstanweisung, Dienstbefehl (45) und -reglement sowie Kreisschreiben. Verwaltungsverordnungen enthalten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts "blosse Regeln für das verwaltungsinterne Verhalten der mit der Anwendung des objektiven Rechts betrauten und der Dienstaufsicht des Ordnungsgebers unterstellten Beamten (46). Sie ordnen nicht individuelle und konkrete verwaltungsrechtliche Verhältnisse (47) (und verpflichten demnach) den Bürger nicht zu einem bestimmten Tun, Unterlassen oder Dulden" (48). Den Verwaltungsverordnungen fehlt - um mit HALTNER zu sprechen - die den Verfügungen innewohnende rechtliche Aussenwirkung (49); wobei präzisierend festzuhalten ist, dass ihnen sehr wohl faktische Wirkung nach aussen zukommen kann (50).

43) In diesem Sinn ist auch das vorne in § 17 2. nach N 17 beschriebene Verhältnis von Art. 98-101 OG zu Art. 5 VwVG zu verstehen.

44) Vgl. IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 35 B VI, 217; dies im Gegensatz zu der vorne § 17.2. bei N 21 gemachten Aussage.

45) Vgl. Art. 3 lit. b VwVG und z.B. Art. 40 I lit. c ArG. Eine gute Definition der Verwaltungsverordnung findet sich bei KOELZ (Kommentar N 157 zu § 50 VRG).

46) BGE 105 Ia 352.

47) BGE 105 Ib 139.

48) BGE 98 Ia 510.

49) Vgl. HALTNER, Verfügung 35 ff.

50) Vgl. Thomas FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (2. Auflage, Zürich 1980) § 12 N 68.

§ 18 1.

Eben diese faktische Aussenwirkung hat das Bundesgericht veranlasst, unter gewissen Voraussetzungen staatsrechtliche Beschwerde gegen Verwaltungsverordnungen zuzulassen, obwohl diese Beschwerde grundsätzlich nur gegen allgemeinverbindliche oder auf den Einzelfall zugeschnittene Erlasse oder Verfügungen gegeben ist (51). Es liess sich dabei von der Erkenntnis leiten, dass die Exekutive viele Verwaltungsverordnungen gegenüber den Betroffenen formlos, d.h. ohne eine entsprechende Verfügung zu erlassen, vollzieht (52). Deshalb ist die staatsrechtliche Beschwerde nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gerade dann nicht gegeben, "wenn in dem durch die Verwaltungsverordnung geregelten Bereich Verfügungen ergehen, gegen die sich die Betroffenen ohne Nachteil auf dem üblichen Beschwerdeweg zur Wehr setzen können" (53).

Diese Grundsätze gelten jedoch nur für die Zulassung der staatsrechtlichen Beschwerde; es kann aus ihnen "nichts für das Verwaltungsverfahren und das verwaltungsgerichtliche Verfahren abgeleitet werden, da in diesen Verfahren die abstrakte Normenkontrolle ausgeschlossen ist" (54). Nach Ansicht des Bundesgerichts können Verwaltungsverordnungen auf dem Wege eines Verwaltungsrechtspflegeverfahrens nur indirekt - m.a.W. über eine entsprechende Verfügung - auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden (55). Demnach drängt sich der Schluss auf, dass Verwaltungsverordnungen keine Verfügungen i.S. von Art. 5 VwVG sind (56).

51) Vgl. Art. 88 OG.

52) Vgl. BGE 98 Ia 511.

53) BGE 105 Ia 353.

54) BGE 105 Ib 139.

55) Vgl. BGE 105 Ib 140.

56) "Wenn aber die Ausführung von verwaltungsinternen Weisungen nach der Natur der Sache formlos erfolgt und die Provokation einer Verfügung nicht möglich ist, so müsste unter Umständen auch eine Dienstanweisung als Verfügung qualifiziert werden" (KOELZ, Kommentar N 19 zu § 19 VRG).

2. Allgemeinverfügungen

"Die sog. Allgemeinverfügung ... ist dadurch gekennzeichnet, dass sie sich einerseits an einen unbestimmten Personenkreis richtet, also 'genereller' Natur ist, andererseits aber einen konkreten Tatbestand regelt. (Sie) steht zwischen Rechtssatz und Verfügung" (57). Dies bedeutet bezüglich der Anwendung von Allgemeinverfügungen, dass sie gegenüber dem Einzelnen direkt, d.h. ohne Erlass einer an diesen adressierten, formellen (Einzel)Verfügung durchgesetzt werden können (58).

Wenn nun aber Allgemeinverfügungen unmittelbar vollstreckt werden, müssen sie auch anfechtbar sein; ansonsten wäre dem Einzelnen ihnen gegenüber kein Rechtsschutz gegeben. Deshalb wohl ist der Verfügungscharakter von Allgemeinverfügungen in Lehre und Praxis mehrheitlich unbestritten. Eine Spur der Allgemeinverfügung sowie deren Qualifizierung als Verfügung i.S. von Art. 5 VwVG findet sich übrigens auch im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes. So bestimmt nämlich Art. 36 lit. c VwVG, dass eine Behörde ihre Verfügungen in einer Sache mit einer grossen Anzahl von Parteien, die sich ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht vollzählig bestimmen lassen, durch Veröffentlichung in einem amtlichen Blatt eröffnen könne.

57) BGE 101 Ia 74. "Nicht der Adressat wohl aber der Sachverhalt muss bestimmt sein" (BGE 98 Ib 462); vgl. zum Ganzen HALTNER, Verfügung 129 ff. GIACOMETTI nennt die Allgemeinverfügung auch "generellen Verwaltungsakt" (Zaccaria GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts I (Zürich 1960) 343 Anm. 47).

58) Vgl. den bei IMBODEN/RHINOW (Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 5 B II c, 36 f.) zitierten VPB 1974 Nr. 83. "Die unmittelbare Vollziehbarkeit ist ... das entscheidende Kriterium dafür, ob ein Akt genügend konkretisiert ist, um als Verfügung zu gelten" (KOELZ, Kommentar N 8 zu § 19 VRG).

3. Verfügungssurrogate

Art. 97 II OG bestimmt: "Als Verfügung gilt auch das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung." Die selbe Fiktion greift sinngemäss auch im Bereich der Verwaltungsrechtspflege im Rahmen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (59) Platz.

Die hierauf basierenden Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerden wurden erst in den jüngeren Verwaltungsverfahrensgesetzen normiert. Früher leitete das Bundesgericht den entsprechenden Rechtsschutz direkt aus Art. 4 BV ab (60). Weil Rechtsverweigerung und -verzögerung als Verfassungsverletzung qualifiziert werden, haben sich auch die Kantone an das Verbot der formellen Rechtsverweigerung zu halten. So lässt z.B. der Zürcher Regierungsrat Beschwerden gegen Rechtsverweigerungen zu, obschon eine entsprechende Vorschrift im Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 fehlt (61).

59) Art. 70 I VwVG (i.V.m. Art. 97 II OG) i.V.m. Art. 44 VwVG.

60) Vgl. Peter SALADIN, Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (Festschrift Basel 1975) 41 ff., 43. Vgl. auch die dort zitierten Bundesgerichtsentscheide sowie IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 80.

61) Vgl. KOELZ (Kommentar N 81 zu § 20 VRG), der dasselbe für die Rechtsverzögerungsbeschwerde gelten lassen will. In Zürich kann zudem der kantonale Ombudsmann angerufen werden (i.A. von § 90 lit. c VRG).

§ 19 FUNKTIONELLE STELLUNG DER VERFÜGUNG IN DEN EINZELNEN VERFAHRENSABSCHNITTEN DER VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

Die Verfügung ist der "Grenzstein", der das Verwaltungs(rechts-)verfahren in seine verschiedenen, selbständigen Abschnitte unterteilt. Jeder dieser Verfahrensabschnitte endet entweder mit dem Erlass einer Verfügung oder mit der Entscheidung eines Streits über eine bereits vorhandene. Sowohl die Verfügung als auch der Entscheid stehen ihrerseits wieder am Anfang des allfällig anschliessenden Verfahrensabschnittes (62).⁶²⁾ Dieser funktionellen Gleichstellung von Verfügung und Entscheid folgt die Begriffsbestimmung in Art. 5 I 1 VwVG.

Am Anfang steht immer (63) das nichtstreitige Verwaltungsverfahren, das "den Verfahrensweg innerhalb der Verwaltung bis und mit dem Erlass einer Verfügung umfasst" (64).⁶³⁾ Daran anschliessen kann sich u.U. ein Einspracheverfahren, dessen Ende ein entsprechender Einspracheentscheid – also wiederum eine Verfügung (65) – ist. Diese beiden Verfahrensabschnitte gehören nach allgemeiner Ansicht noch nicht zur eigentlichen Verwaltungsrechtspflege (66), sondern gehen dieser voraus (67).⁶⁴⁾

62) Vgl. zum Ganzen GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 27.

63) D.h. auch dann, wenn das Verfahren im Kanton beginnt.

64) Fritz GYGI, System der Verwaltungsrechtspflege, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (Festschrift Basel 1975) 197 ff., 198.

65) Vgl. Art. 5 II VwVG. Ob die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege das Einspracheverfahren überhaupt vorsieht, wird sich im folgenden zeigen (vgl. hinten § 23 1. und § 25 2.).

66) Vgl. hiezu vorne § 12 Anm. 22.

67) Vgl. GYGI (Bundesverwaltungsrechtspflege 26 f.), der den Begriff der "nachträglichen Verwaltungsrechtspflege" verwendet. Man hüte sich aber vor der Verwechslung dieses Begriffs mit demjenigen der "nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit" (ders., a.a.O. 24 f.).

§ 19

Demnach beginnt die (eigentliche) Verwaltungsrechtspflege mit der Ueberprüfung einer erstinstanzlichen Verfügung (68) durch eine Beschwerdeinstanz. Auch hier gibt es verschiedene Verfahrensabschnitte, die entweder alternativ oder kumulativ durchlaufen werden müssen. Es sind dies die Verfahrensabschnitte der verwaltungsinternen und der verwaltungsexternen Verwaltungsrechtspflege. Diese zwei verschiedenen Rechtspflegeverfahren sind mehr als nur funktionell unabhängige Verfahrensabschnitte; sie sind - wie diese Arbeit anhand der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege noch aufzeigen wird (69) - das eigentliche Charakteristikum der Verwaltungsrechtspflege.

Die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege ist das Ueberprüfungsverfahren einer Verfügung durch eine andere als die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde aufgrund einer Anfechtung (70). Sie findet meistens im Rahmen einer Verwaltungsbeschwerde (vgl. Art. 44 ff. VwVG) statt, richtet sich gegen eine Verfügung oder einen Einspracheentscheid und endet mit einem Beschwerdeentscheid (71). Diesen Verfahrensabschnitt bezeichnet man auch als Streitiges Verwaltungsverfahren (72).

Die verwaltungsexterne Verwaltungsrechtspflege dagegen ist Sache von ausserhalb der Verwaltung stehenden Rechtspflegeinstanzen (73).

68) Da sich die (in Anm. 65 hievor angetönte) Einsprache gegen eine Verfügung an diejenige Behörde richtet, welche diese Verfügung erlassen hat, ist der Einspracheentscheid selbst wieder eine erstinstanzliche Verfügung; vgl. hiez u Peter SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes (Basel/Stuttgart 1974) 19. 221 S. 165.

69) Vgl. hinten III. Abschnitt, 5. Kapitel.

70) Vgl. hiez u GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 28.

71) Auch ein Beschwerdeentscheid gilt als Verfügung (vgl. Art. 5 II VwVG).

72) Vgl. GYGI, a.a.O. (Anm. 64 hievor) 198. Beachte aber, dass seine Begriffsbestimmung des Streitigen Verwaltungsverfahrens etwas zu eng erscheint. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum ein verwaltungsinternes Rechtspflegeverfahren, dessen Beschwerdeentscheid endgültig ist (vgl. Art. 99-102 OG), kein Streitiges Verfahren sein sollte.

73) Vgl. hiez u GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 28.

Sie geschieht in erster Linie durch Gerichte – und zwar in der Form der nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit (74). Anlass zur justizmässigen Verwaltungsrechtspflege gibt in den meisten Fällen eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde (vgl. Art. 97 ff. OG). Ebenfalls zur externen Verwaltungsrechtspflege gehört die parlamentarische Verwaltungskontrolle (75). Sie ist faktisch unbedeutend, da ein Parlament aufgrund seiner verfassungsmässigen Oberaufsicht normalerweise nur Kontroll- und keine Eingriffskompetenzen hat (76), und für den Einzelnen irrelevant, da er keinen Anspruch auf ein Tätigwerden des Parlaments hat. Auch die Institution des Ombudsmanns darf, obschon diesem grundsätzlich keine Entscheidkompetenzen zukommen (77), zur externen Verwaltungsrechtspflege gezählt werden (78).

Eine Zwischenstellung nimmt die Verwaltungsrechtspflege durch Rekurs- und Schiedskommissionen ein. Diese Kommissionen gelten für die Bundesverwaltungsrechtspflege als Verwaltungsbeschwerdeinstanzen (79); die Frage nach ihrer funktionellen Zugehörigkeit zur internen oder externen Verwaltungsrechtspflege beurteilt sich aber wohl eher nach dem Grad ihrer justizmässigen Unabhängigkeit. KOELZ bezeichnet die Rekurskommission des zürcherischen Verwaltungsrechts jedenfalls als Spezialverwaltungsgerichte, obschon ihnen die Unabhängigkeit von

74) Vgl. zu diesem Begriff Anm. 67 hievor.

75) Für den Bund folgt sie aus Art. 85 Ziff. 11 BV; vgl. hiezu Werner MOSER, Die parlamentarische Kontrolle über Verwaltung und Justiz (Diss. Zürich 1969). Vgl. auch hinten § 23 bei N 36 und die entsprechende Anmerkung.

76) Vgl. die eindeutige Formulierung in Art. 84 II BVE. Beachte aber Art. 85 Ziff. 12 BV und Art. 79 VwVG.

77) Vgl. § 93 VRG. Die Verwaltungskontrolle des Zürcher Ombudsmannes ist eher präventiver Natur.

78) Für den Bereich des Bundes vgl. die interessanten Ausführungen bei MOSER, a.a.O. (Anm. 75 hievor) 199 ff.

79) Vgl. Art. 1 II lit. d VwVG; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 28.

der Verwaltung nur bedingt zukomme (80). Da sie aber für ihre Sachentscheide keine Weisungen vorgesetzter Stellen entgegennehmen dürften, seien sie zu den Behörden mit richterlicher Unabhängigkeit zu zählen (81).

80) Vgl. KOELZ, Kommentar N 3 zu § 41 VRG. Die von ihm gewählte Bezeichnung ist nicht zuletzt aufgrund der Entwicklung der Zürcher Verwaltungsgerichtsbarkeit über die Steuerrekurskommission von 1917 berechtigt (vgl. hierzu Robert HAUSER, Die Zürcherische Rechtspflege im Wandel 1831 - 1981, ZR (1981) 257 ff., 310/311; vgl. auch vorne § 6 1.).

81) Vgl. KOELZ (Kommentar N 4 zu § 90 VRG), der an selber Stelle ergänzend festhält: "Zu den Behörden mit richterlicher Unabhängigkeit zählen nicht nur die klassischen Gerichte gemäss GVG und VRG, sondern auch Behörden mit nur beschränkter richterlicher Unabhängigkeit ...".

Die regierungsrätlichen Erläuterungen vom 9. Juni 1981 zur thurgauischen Volksabstimmung vom 29. November 1981 betreffend das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Februar 1981 (vgl. hierzu vorne § 7 Anm. 36) bezeichnen neben dem Verwaltungsgericht auch die Rekurskommission als eine "von Verwaltungsbehörden unabhängige" Instanz (S. 3).

III. ABSCHNITT

VOLLZUG UND RECHTSPFLEGE DES ARBEITSGESETZES

Die Ueberschrift dieses Abschnittes soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Schwerpunkt dieser Arbeit die Verwaltungsrechtspflege im speziellen Bereich des Arbeitsgesetzes ist. Es darf jedoch auch nicht übersehen werden, dass vor jeder Rechtspflege der Vollzug (gegebenenfalls auch dessen unrechtmässige Verzögerung oder Verweigerung) eines Gesetzes steht; nur eine Verfügung kann die Lawine der Verwaltungsrechtspflege ins Rollen bringen. Wie diese Verfügung zustande kommt, ist eine Frage des Verwaltungsverfahrenrechts, dessen wichtigste allgemeine Grundsätze vorne in § 15 skizziert sind. Unter dem Titel "Vollzug des Arbeitsgesetzes" wird im folgenden hauptsächlich die Organisation der mit der Anwendung und Durchsetzung der arbeitsgesetzlichen Vorschriften betrauten Verwaltungsbehörden beleuchtet. Auf das von ihnen zu diesem Zweck anzuwendende Verfahren wird nur noch eingegangen, wo es die Darstellung der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege erfordert.

1. KAPITEL

VOLLZUGS- UND RECHTSPFLEGEBEHÖRDEN DES ARBEITSGESETZES

LITERATUR: F. Walter BIGLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz (2. Auflage, Bern 1968; zit. Kommentar); Eduard BOSSHART, Zürcherische Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zum Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Zürich 1960; zit. Kommentar); Walther HUG (Herausgeber), Kommentar zum Arbeitsgesetz (Bern 1971; zit. Bearbeiter in HUG); Alfred KOELZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (Zürich 1978; zit. Kommentar); Manfred REHBINDER, (Kurzkomentar zum) Arbeitsgesetz (3. Auflage, Zürich 1982; zit. Arbeitsgesetz); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, BBl. 1960 II 909 ff. (zit. Botschaft zum Arbeitsgesetz).

§ 20 VOLLZUGSBEHÖRDEN DES BUNDES UND DES KANTONS ZÜRICH

Wie bereits gezeigt worden ist (1), teilen sich Bund und Kantone in den Vollzug des Arbeitsgesetzes. Die Vollzugskompetenzen des Bundes sind allerdings beschränkt (2), denn "in der Regel ist (den Kantonen) der Vollzug ... zu übertragen" (3). Diesen verfassungsmässigen Auftrag der Vollzugsdelegation an die Kantone erfüllt Art. 41 I ArG. Soweit die Kantone das Arbeitsgesetz zur Anwendung bringen, vollziehen sie Bundesverwaltungsrecht; die kantonalen Behörden amten gewissermassen als Stellvertreter des Bundesstaates (4). Die Vollzugszuweisung

1) Vgl. vorne § 12.

2) Vgl. Art. 42 II ArG und die vorne § 12 in Anm. 18 angegebenen Literaturstellen.

3) Art. 32 II BV, der aufgrund von Art. 34ter II BV auch für das Arbeitsgesetz gilt.

4) Vgl. HOLZER in HUG N 1 zu Art. 41 ArG.

an die Kantone⁵⁾ gibt diesen jedoch nicht nur das Recht, sondern auferlegt ihnen auch die Pflicht, für den Bund tätig zu werden (5); genauso wie der Bund nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, seinen arbeitsgesetzlichen Vollzugs- und Aufsichtsaufgaben nachzukommen. Der Vollzugskompetenz der Kantone liegt also der entsprechende Vollzugauftrag zu Grunde (6).

Einem allgemeinen Grundsatz folgend kann ein Auftraggeber seinen Beauftragten zur Rechenschaftsablegung verpflichten, ihm Vorschriften für sein Handeln machen und dieses auch überwachen. So bestimmt Art. 41 I ArG, dass die Kantone "die zuständigen Vollzugsbehörden (zu) bezeichnen" haben (7). Gemäss Art. 42 I ArG kann "der Bund den kantonalen Vollzugsbehörden Weisungen erteilen (und) übt die Obergeraufsicht über den Vollzug des Gesetzes und der Verordnungen durch die Kantone aus" (8). Als eine Voraussetzung dieser Obergeraufsicht statuiert Art. 41 II ArG eine zweijährliche Berichterstattungspflicht; eine allgemeine Genehmigungspflicht arbeitsgesetzlicher Vorschriften der Kantone fehlt hingegen (9). "Die Obergeraufsicht in bezug auf das Arbeitsgesetz ist daher im wesentlichen Verwaltungsaufsicht" (10).

5) Deshalb spricht Art. 41 I ArG von einer Obliegenheit der Kantone, das Arbeitsgesetz zu vollziehen. Eine eindeutige Formulierung hatte Art. 60 I VEzArG enthalten.

6) Vgl. REHBINDER (Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 41 ArG), der den Begriff der Auftragsverwaltung verwendet.

7) Diese sind dem BIGA zu melden (vgl. Art. 76 I lit. a ArGVO I).

8) Die amtliche Textausgabe des Arbeitsgesetzes verweist als Beispiele solcher Weisungsmöglichkeiten ausgerechnet nur auf Art. 77 III ArGVO I (Gebührenreglement) und Art. 78 III ArGVO I (Einheitsformulare), die bis heute noch nicht konkretisiert worden sind. Beachte demgegenüber die bedeutend wichtigere Vollzugsweisung in Art. 75 ArGVO I.

Grundsätzlich ist jedoch mit REHBINDER (Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 42 ArG) einig zu gehen, der festhält, dass in Anbetracht der allgemeinen Grundsätze der Auftragsverwaltung im Bundesstaat Art. 42 I ArG überflüssig sei.

9) Einzige Ausnahme: Art. 73 IV ArG.

10) HOLZER in HUG N 2 zu Art. 42 ArG.

§ 20 1. /1.1.

1. Vollzugsbehörden des Bundes und ihre Kompetenzen (11)

Gemäss Art. 42 III ArG "obliegen die Aufgaben des Bundes im Sinne der Absätze 1 und 2 dem Bundesamt (für Industrie, Gewerbe und Arbeit; BIGA), soweit sie nicht dem Bundesrat oder dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (EVD) vorbehalten bleiben". "Für die Durchführung seiner Aufgaben stehen dem Bundesamt die Eidgenössischen Arbeitsinspektorate und der Arbeitsärztliche Dienst zur Verfügung. Es kann ferner besondere Fachinspektorate oder Sachverständige heranziehen" (12). Nicht zu den Vollzugsbehörden gehört die in Art. 43 ArG beschriebene Eidgenössische Arbeitskommission. Sie betätigt sich in einem Bereich, den man als Grundlagenforschung für Gesetzgebung und Vollzug bezeichnen kann.

1.1. VOLLZUGSKOMPETENZEN DES BUNDESRATES

Aufgrund von Art. 102 Ziff. 2 BV hat der Bundesrat die Beachtung der Verfassung, der Gesetze und Beschlüsse des Bundes ... zu überwachen. HOLZER bezeichnet unsere höchste Exekutive als oberste Aufsichtsbehörde über den Vollzug der Bundesgesetze, gleichgültig ob dieser durch Organe des Bundes oder der Kantone erfolge (13). Neben diese reine Aufsichtszuständigkeit treten im wesentlichen die in Art. 40 I ArG aufgezählten Vollzugskompetenzen (14). Wie aber REHBINDER zutreffend feststellt, ist eben diese Norm angesichts der Verfassungsvorschrift von Art. 102 Ziff. 5 BV überflüssig (15).

11) Eine gute Uebersicht der einzelnen Kompetenzen der verschiedenen Bundesbehörden bieten Anm. 2 ff. zu Art. 42 ArG in REHBINDERs Arbeitsgesetz; im folgenden werden nur einige Beispiele behandelt.

12) Art. 42 IV ArG.

13) HOLZER in HUG N 7 zu Art. 42 ArG.

14) Vgl. hiezü Botschaft zum Arbeitsgesetz 927 ff.; weitere bundesrätliche Kompetenzen enthalten Art. 43 I und 73 IV ArG.

15) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 40 ArG. Beachte allerdings Art. 40 II ArG im Verhältnis zu Art. 32 III und 34ter II BV.

1.2. VOLLZUGSKOMPETENZEN DES EVD

Das EVD hat keine direkt im Arbeitsgesetz statuierten Vollzugskompetenzen. Gemäss Art. 77 I ArGVO I "ordnet (es) im Einvernehmen mit den zuständigen Departementen den Vollzug des (Arbeits)Gesetzes in den Betrieben des Bundes, auf die das Gesetz anwendbar ist" (16). Im weiteren regelt es den Einsatz "der Eidgenössischen Arbeitsinspektorate und des Arbeitsärztlichen Dienstes beim Vollzug der übrigen Vorschriften des Bundes über die Gesundheitsvorsorge und Unfallverhütung sowie beim Vollzug der Bundesgesetzgebung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs" (17).

Im weiteren hat der Bundesrat seine in Art. 40 I ArG deklarierte Kompetenz zum Erlass von Durchführungsbestimmungen in verschiedenen Anwendungsbereichen an das EVD delegiert (18). Die im HUGschen Kommentar dem EVD überdies zugeschriebene Kompetenz zum "Erlass einer Wegleitung für die Abfassung der Vollzugsberichte der Kantone (19) (ArGV I 76 II)" (20) bezieht sich allerdings auf die Originalfassung von Art. 76 II ArGVO I; heute liegt diese Zuständigkeit beim BIGA (21).

16) Vgl. hierzu Art. 42 II und 2 II ArG.

17) Art. 77 II ArGVO I.

18) Eine Aufzählung dieser Fälle findet sich bei HOLZER in HUG N 8c zu Art. 42 ArG.

19) Vgl. das zu Art. 41 II ArG vor N 9 hievorige Gesagte.

20) HOLZER in HUG N 8e zu Art. 42 ArG.

21) Art. 76 II ArGVO I wurde durch Bundesratsbeschluss über eine ergänzende Ordnung der Zuständigkeit der Departemente und der ihnen unterstellten Amtsstellen zu selbständiger Erledigung von Geschäften vom 23. Dezember 1968 (AS 1969, 77 ff.; 87) geändert und ist seit dem 1. Januar 1969 in der Neufassung in Kraft. Es erstaunt ein wenig, dass diese Revision im 1971 erschienenen Kommentar keine Berücksichtigung fand.

1.3. VOLLZUGSKOMPETENZEN DES BIGA

Der Hauptteil der Vollzugs- und Aufsichtskompetenzen des Bundes wird durch das BIGA wahrgenommen; diese primäre Zuständigkeit statuiert Art. 42 III ArG. Für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege von besonderer Bedeutung ist die Tatsache, dass das BIGA mit einer Ausnahme (22) "alle Einzelverfügungen, die in die Zuständigkeit des Bundes fallen, trifft" (23). Eine Zusammenstellung dieser Einzelverfügungen sucht man im Arbeitsgesetz und seinen Verordnungen allerdings vergebens. Dort, wo sie eigentlich hingehören würde (24), findet sich lediglich ein Hinweis darauf, dass die Erteilung gewisser Arbeitszeitbewilligungen für industrielle Betriebe vom BIGA erst nach Anhörung der zuständigen kantonalen Behörde erfolgen dürfe. "Art. 78 ArGVO I enthält über die Aufgaben des BIGA keine detaillierte Enumeration, weil diese Aufgaben durchwegs dem ArG und den Verordnungen entnommen werden können" (25).

An dieser Stelle sei auf eine weitere Ungenauigkeit im HUGschen Kommentar hingewiesen. Wenn dort nämlich geschrieben steht, das BIGA sei i.S. von Art. 54 I ArG zur "Behandlung von Anzeigen wegen Nichtbefolgung des Gesetzes, einer Verordnung oder Verfügung" (26) zuständig, wird damit eine Allgemeinkompetenz stipuliert, die sich bei genauerem Hinsehen als unhaltbar erweist. Schon BIGLER bezeichnete als die im Bund zuständigen Adressaten solcher Anzeigen die Eidgenössischen Arbeitsinspektorate oder den Arbeitsärztlichen Dienst (27), und

22) Vgl. Art. 82 ArGVO I und die in Ziff. 1.4. hienach anschliessenden Ausführungen.

23) HOLZER in HUG N 9 zu Art. 42 ArG; vgl. auch REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 42 ArG.

24) In Art. 78 ArGVO I nämlich.

25) BIGLER, Kommentar N 56 zu Art. 42 ArG. Eben weil man die zahlreichen Einzelfälle in Gesetz und Verordnungen suchen muss, wäre eine abschliessende Aufzählung erwünscht.

26) HOLZER in HUG N 11g zu Art. 42 ArG.

27) Vgl. BIGLER, Kommentar N 2 zu Art. 42 ArG.

auch die Botschaft zum Arbeitsgesetz hatte an entsprechender Stelle (28) keinen Hinweis auf eine alleinige Zuständigkeit des BIGA enthalten. Demnach nennt REHBINDER korrekterweise (neben den kantonalen Arbeitsbehörden) auch nur die soeben genannten Bundesbehörden (29). Die Zuständigkeit des Bundesamts scheint nur dann gegeben zu sein, wenn es sich um Anzeigen von Verletzungen einer vom BIGA selbst verfüzten Arbeitszeitbewilligung handelt (30).

Dem BIGA stehen für die Erfüllung seiner Aufgaben verschiedene weitere Bundesbehörden und sogar Einzelpersonen zur Verfügung (31).

1.4. VOLLZUGSKOMPETENZEN DER EIDGENÖSSISCHEN ARBEITS- INSPEKTORATE UND DES ARBEITSAERZTLICHEN DIENSTES

Die vier Arbeitsinspektorate (32) sind die Nachfolgeorganisationen der schon durch das Fabrikgesetz von 1877 (33) eingeführten Institution der Fabrikinspektoren (34). In ihren Pflichtenheften stehen in erster Linie Vollzugsberatung und Beaufsichtigung des Vollzugs der kantonalen Behörden (35).

Der Arbeitsärztliche Dienst befasst sich forschend und beratend mit allen Problemen, die das Spannungsfeld Gesundheit am Arbeitsplatz

28) Vgl. Botschaft zum Arbeitsgesetz, Bemerkungen zu Art. 50 EzArG, 1006.

29) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 54 ArG; in Anm. 2 zu Art. 42 ArG führt er allerdings die umstrittene Kompetenz uneingeschränkt an.

30) Vgl. BIGLER, Kommentar N 36 zu Art. 54 ArG.

31) Vgl. Art. 42 II ArG.

32) Vgl. Art. 79 ArGVO I.

33) Siehe hiezu vorne § 8.

34) Vgl. HOLZER in HUG N 12 zu Art. 42 ArG.

35) Vgl. Art. 80 I lit. a und b ArGVO I; HOLZER in HUG N 14 zu Art. 42 ArG.

§ 20 1.4.

aufwerfen kann (36). Er ist "das Fachorgan des Bundesamtes für die wissenschaftliche Bearbeitung von Fragen der Arbeitshygiene und der Arbeitsmedizin" (37). In den Aufgabenbereich des Arbeitsärztlichen Dienstes gehören auch Arbeiten im Zusammenhang mit Immissionenschutz.

Beide Behörden "können gegenüber dem Arbeitgeber Anordnungen erlassen und ihn auffordern, die notwendigen Massnahmen zur Herbeiführung des vorschriftsgemässen Zustandes zu treffen" (38). Gemäss Art. 82 II und III ArGVO I sind solche Anordnungen anfechtbar, wenn sie "von erheblicher Tragweite sind"; deshalb sind sie unter der selben Voraussetzung "dem Arbeitgeber schriftlich zu bestätigen" (39). Die schriftlich bestätigten Anordnungen von erheblicher Tragweite sind Verfügungen i.S. von Art. 50 I ArG (40); ihre gesetzliche Grundlage ist Art. 51 ArG. Deshalb muss die zuständige kantonale Arbeitsbehörde, die von einer solchen Anordnung des Eidgenössischen Arbeitsinspektors oder des Arbeitsärztlichen Dienstes in Kenntnis gesetzt worden ist (41), die Erfüllung der gemachten Auflagen überwachen. Kommt der von einer Anordnung erheblicher Tragweite betroffene Arbeitgeber seiner Pflicht nicht innert der angesetzten Frist (42) nach, "so erlässt die kantonale Behörde eine entsprechende Verfügung, verbunden mit der Strafandrohung des Art. 292 des Strafgesetzbuches" (43).

Da Anordnungen von erheblicher Tragweite - wie es ihre Bezeichnung schon zum Ausdruck bringt - in erheblichem Mass in die Rechtssphäre ihrer Adressaten eingreifen können, sind sie aufgrund von Art.

36) Vgl. Art. 81 ArGVO I.

37) HOLZER in HUG N 16 zu Art. 42 ArG.

38) Art. 82 I ArGVO I.

39) Vgl. hiezu hinten § 29 1.2.

40) Vgl. HOLZER in HUG N 14 ee zu Art. 42 ArG a.E.

41) Dies verlangt Art. 82 II 1. Satz ArGVO I.

42) Vgl. Art. 82 II 2. Satz ArGVO I.

43) Art. 51 II ArG.

82 III ArGVO I anfechtbar (44). Der betroffene Arbeitgeber muss also mit seiner Abwehr nicht warten, bis die kantonale Behörde eine Verfügung mit Androhung der Ungehorsamsbestrafung erlässt (45). Andererseits wird seine Rechtsstellung nicht wesentlich verschlechtert, wenn er der Anordnung nach Art. 82 II ArGVO I nicht nachkommt und mit der Anfechtung erst gegen die entsprechende Verfügung der kantonalen Arbeitsbehörde vorgeht (46).

1.5. VOLLZUGSKOMPETENZEN DER FACHINSPEKTORATE UND SACHVERSTAENDIGEN

Das BIGA hatte bis heute keine Veranlassung, Fachinspektorate - seien es staatliche oder private - einzurichten, obschon diese Möglichkeit schon im Fabrikgesetz vorgesehen war. Es gibt allerdings drei Inspektorate, die den Vollzug von drei auf dem Fabrikgesetz und dem KUVG (47) basierenden Verordnungen überwachen. Diese Fachinspektorate unterstehen aber der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA). Der Beizug von Fachinspektoraten durch das BIGA würde die Schaffung von arbeitsgesetzlichen Gesundheitsvorsorge- oder Unfallverhütungsvorschriften für dem KUVG nicht unterstellte Betriebe voraussetzen (48).

44) REHBINDER (Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 51 ArG a.E.) ist offenbar der Ansicht, solche Anordnungen seien nur wegen der mit ihnen verbundenen Berichterstattungspflicht Verfügungen und somit durch Verwaltungsbeschwerde anfechtbar. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum die Verpflichtung zu fristgerechter Herbeiführung des vorschriftsmässigen Zustandes (vgl. Art. 82 II ArGVO I) ohne Berichterstattungspflicht keine anfechtbare Verfügung sein sollte. Eine derartige Pflicht gehört jedenfalls nicht zu den wesentypischen Merkmalen, die eine Verwaltungshandlung zur Verfügung machen (vgl. vorne § 17).

45) Wozu sie von der Arbeitsbehörde, welche die Anordnung erlassen hat, angehalten werden kann (vgl. Art. 42 I ArG).

46) Zur Verfügung mit Strafandrohung beachte REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 51 ArG.

47) Vgl. vorne § 8 Anm. 3.

48) Vgl. HOLZER in HUG N 19 zu Art. 42 ArG.

§ 20 1.5./2.

Sachverständige hat das BIGA schon verschiedentlich eingesetzt. Für die Verwaltungsrechtspflege im Arbeitsgesetz spielen jedoch beide Institutionen keine Rolle, denn sie haben keine den Eidgenössischen Arbeitsinspektoraten oder dem Arbeitsärztlichen Dienst entsprechende Kompetenzen (49).

2. Vollzugsbehörden des Kantons Zürich und ihre Kompetenzen

Wie HOLZER zutreffend feststellt, hatten "die Kantone zum Vollzug des (Arbeits)Gesetzes eine Reihe von Massnahmen sowohl legislativer als administrativer Natur zu treffen" (50). Für den Kanton Zürich wurde die gesetzliche Grundlage durch die regierungsrätliche Vollziehungsverordnung vom 27. Januar 1966 zum Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (ArGVVO) (51) geschaffen. Bezüglich der Behördenorganisation konnte im Kanton Zürich teilweise auf die aus den Zeiten des Fabrikgesetzes noch vorhandenen Strukturen zurückgegriffen werden. Es versteht sich aber von selbst, dass parallel zum wirtschaftlichen Wachstum die kantonalen Arbeitsbehörden zahlreicher und deshalb hierarchisch aufgegliedert werden mussten.

Zumindest an dieser Stelle erübrigt sich eine detaillierte Aufzählung der vielen arbeitsgesetzlichen Vollzugskompetenzen der Kantone (52) oder gar deren auf die verschiedenen Arbeitsbehörden aufge-

49) Es ist sicherlich kein Versehen, dass die Fachinspektorate und Sachverständigen in Art. 82 ArGVO I nicht genannt werden.

50) HOLZER in HUG N 3 zu Art. 41 ArG.

51) Die Vollziehungsverordnung ist seit 1. Februar 1966 in Kraft (vgl. § 19 ArGVVO).

52) Vgl. hiezu REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 41 ArG.

gliederte Darstellung (53). Beschrieben wird lediglich die von der genannten Vollziehungsverordnung getroffene Grobeinteilung, die für den Kanton Zürich eine in der Schweiz einzigartige Unterscheidung zwischen dem Gastwirtschaftsgewerbe und den anderen dem Arbeitsgesetz unterstellten Wirtschaftszweigen zeigt (54).

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass die Zürcher Vollziehungsverordnung auch materielles öffentliches Arbeitsrecht enthält. So bestimmt § 9 ArGVVO, die entsprechende Kompetenz von Art. 18 II ArG nutzend, die im Kanton Zürich den Sonntagen gleichgestellten Feiertage, und § 10 ArGVVO statuiert i.A. von Art. 59 IV und 60 III ArGVO I eine Bewilligungspflicht für die Beschäftigung von Jugendlichen. Die in § 10 III ArGVVO vorgesehene medizinische Untersuchung jugendlicher Arbeitnehmer stützt sich auf den Vorbehalt von Art. 73 III ArG (55).

53) Für Zürich kann diese dem leider etwas unübersichtlichen Kreisschreiben I der Direktionen der Volkswirtschaft und der Finanzen vom 28. Februar 1966 an die Statthalter- und Polizeirichterämter, Gemeinden und kantonalen Polizeistationen über die Einführung und den Vollzug des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 entnommen werden. Eine einfachere Darstellung enthält die 1967 von der Volkswirtschaftsdirektion an alle Arbeitgeber versandte Wegleitung zum Arbeitsgesetz.

54) Vgl. § 1 I ArGVVO und die Aufstellung der Vollzugsbehörden der anderen Kantone im Anhang II der amtlichen Textausgabe des Arbeitsgesetzes (= Anhang B des Arbeitsgesetzes von REHBINDER).

55) Vgl. zum Ganzen HOLZER in HUG N 2 zu Art. 41 ArG.

2.1. VOLLZUGSKOMPETENZEN DER DIREKTION DER FINANZEN

"Der Vollzug des Arbeitsgesetzes und der dazugehörigen Verordnungen des Bundesrates obliegt, soweit nicht der Bund zuständig ist ... im Gastwirtschaftsgewerbe der Direktion der Finanzen" (56). Innerhalb der Finanzdirektion ist die Abteilung für Wirtschaftswesen mit dieser Tätigkeit betraut. Die örtliche Zuständigkeit der Abteilung für Wirtschaftswesen erstreckt sich über den ganzen Kanton; einzig in den Städten Zürich und Winterthur geschieht der Vollzug durch kommunale Gewerbepolizei und Gesundheitsämter (57).

2.2. VOLLZUGSKOMPETENZEN DER DIREKTION DER VOLKSWIRTSCHAFT

Die Volkswirtschaftsdirektion ist für den Vollzug des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnungen in sämtlichen (58) diesen unterstellten Betrieben verantwortlich. Ihr "steht für die Durchführung der Aufgaben das Industrie- und Gewerbeamt zur Verfügung" (59). Die soeben bezeichnete Amtsstelle heisst heute Kantonales Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA).

Das KIGA ist in vier Abteilungen organisiert; für den hier interessierenden Vollzug des Arbeitsgesetzes ist die vierte Abteilung, das Arbeitsinspektorat, zuständig. Es überwacht einerseits direkt alle industriellen Betriebe im Kanton und andererseits die Tätigkeit der ihm untergeordneten Kreisinspektorate, welche Gesetz und Verordnungen in den nichtindustriellen Betrieben zur Anwendung bringen. Hiezu ist der Kanton Zürich in drei Inspektionskreise (60) aufgeteilt; die Kreis-

56) § 1 I ArGVVO.

57) Diese Vollzugsdelegation stützt sich auf § 1 II ArGVVO.

58) Mit Ausnahme der Betriebe des Gastwirtschaftsgewerbes.

59) § 1 I ArGVVO.

60) Vgl. § 1 II ArGVVO.

inspektorate haben ihre Sitze in Horgen, Wetzikon und Winterthur. In den Städten Zürich und Winterthur sind allerdings wieder die Gewerbspolizei bzw. die Gesundheitsämter zuständig.

2.3. ZUSAMMENFASSUNG

Für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege von Relevanz ist die Lokalisierung der Verfügungskompetenzen. Diese konzentriert sich im Kanton Zürich - wie die Vollziehungsverordnung zum Arbeitsgesetz zeigt (61) - auf die Direktion der Volkswirtschaft bzw. der Finanzen. Die Formulierung in § 12 ArGVVO, wo als einzige Vorschrift der Vollziehungsverordnung von erstinstanzlichen Verfügungen der Direktionen die Rede ist, stellt eine redaktionelle Hervorhebung ohne materielle Grundlage dar. Aus der Bezeichnung als erstinstanzliche Verfügung darf zumindest nicht auf die Unanfechtbarkeit anderer Verfügungen geschlossen werden, denn anfechtbar sind alle Verfügungen kantonaler Arbeitsbehörden (62); also nicht nur Entscheide "über die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf einzelne nichtindustrielle Betriebe oder auf einzelne Arbeitnehmer in industriellen oder nichtindustriellen Betrieben" (63).

61) Vgl. § 5, 8 II, 10, 11 und 14 ArGVVO. Der Vorbehalt zugunsten der "beauftragten Gemeinde" in § 8 I ArGVVO kann eigentlich nur so verstanden werden, dass ihr die materielle Bearbeitung des entsprechenden Gesuches übertragen ist, während die Bewilligung - zumindest formell - im Namen der Volkswirtschaftsdirektion erteilt oder verweigert wird; vgl. auch hinten § 21 Anm. 104.

62) Vgl. Art. 56 I ArG.

63) § 12 ArGVVO; vgl. hiezu auch Art. 41 III ArG.

§ 21 RECHTSPFLEGEINSTANZEN IM BUND UND IM KANTON ZUERICH

Die unter dem Titel "Verwaltungsrechtspflege" stehenden Art. 55-58 ArG bezeichnen das Bundesgericht, das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) und den Bundesrat als eidgenössische Rechtspflegeinstanzen und umreissen gleichzeitig deren Zuständigkeiten. Ausserdem weist besagter Abschnitt auf kantonale Rekursbehörden und letzte kantonale Instanzen hin. Eine weitere Rechtspflegeinstanz wird in Art. 54 II ArG angetönt (64).

Die Aufzählung der Art. 55-58 ArG und insbesondere die entsprechende Enumeration der Zuständigkeiten der verschiedenen Rechtspflegeinstanzen darf nun aber nicht als die ganze Wahrheit angesehen werden. Vielmehr müssen die arbeitsgesetzlichen Vorschriften unter dem Blickwinkel ihrer Konkurrenz zum Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege einer genaueren Betrachtung unterzogen werden (65).

1. Eidgenössische Rechtspflegeinstanzen gemäss ArG und VwVG/OG

1.1. RECHTSPFLEGEKOMPETENZEN DES BUNDESGERICHTES

Art. 55 I ArG bezeichnet unser höchstes Gericht als "nach Massgabe der Bundesgesetzgebung über die Organisation der Bundesrechtspflege" zuständig für für Beschwerden "gegen Verfügungen des Bundesamtes über die Unterstellung industrieller Betriebe". Zudem statuiert Art. 57 I ArG die Beschwerdezuständigkeit des Bundesgerichtes "gegen Entscheide der letzten kantonalen Instanz über die Anwendbarkeit des Gesetzes auf einzelne nicht-industrielle Betriebe oder einzelne Arbeit-

64) Zum in Art. 54 II ArG beschriebenen Rechtspflegeverfahren der Aufsichtsbeschwerde vgl. hinten § 23 2.2.

65) Vgl. hiezu vorne § 11 und 13.

nehmer in industriellen oder nicht-industriellen Betrieben". Art. 57 I ArG spricht sich allerdings nicht über die Natur des Rechtspflegeverfahrens aus, welches zum anfechtbaren Entscheid der letzten kantonalen Instanz führt, und auch die Zugehörigkeit dieser Instanz zur Verwaltung oder Justiz wird in besagter Vorschrift nicht bestimmt (66). Deshalb bleibt vorerst offen, ob der beim Bundesgericht anfechtbare letztinstanzliche kantonale Entscheid das Resultat eines internen oder externen Verwaltungsrechtspflegeverfahrens sei (67).

Entscheidend für die Bestimmung der Zuständigkeit des Bundesgerichts ist die sowohl in Art. 55 I als auch 57 I ArG enthaltene Verweisung auf das Organisationsgesetz. Versucht man nämlich, die im Arbeitsgesetz einmal begründete Zuständigkeit des Bundesgerichts als Beschwerdeinstanz durch entsprechende Vorschriften der allgemeinen Bundesverwaltungsrechtspflegeerlasse zu erhärten, muss man sich an Art. 97 ff. OG halten. An dieser Stelle sollen die Art. 55 I und 57 I ArG aber nur hinsichtlich der in ihnen genannten, die beim Bundesgericht anfechtbaren Verfügungen erlassenden Behörden auf ihre Konformität mit VwVG und OG untersucht werden (68). Es soll m.a.W. abgeklärt werden, ob das BIGA und letzte kantonale Instanzen als Vorinstanzen (69) der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde über-

66) Diese Bestimmung erfolgt auch in bezug auf die kantonale Rekursbehörde in Art. 56 I ArG nicht.

67) Die Antwort auf diese Frage lässt sich dem Anhang II der amtlichen Textausgabe des Arbeitsgesetzes entnehmen, da dort die kantonalen Rekursbehörden aufgezeigt werden.

68) Die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird hinsichtlich des sachlichen Gehalts der gemäss Art. 55 I und 57 I ArG anfechtbaren Verfügungen weiter hinten behandelt werden; hier wie im folgenden geht es nur um die funktionelle Zuständigkeit der einzelnen arbeitsgesetzlichen Bundesbeschwerdeinstanzen (vgl. hinten § 31).

69) Beachte die Marginale von Art. 98 OG.

§ 21 1.1.

haupt in Frage kommen. Die massgebende Norm hiezu ist Art. 98 OG (70).

Das BIGA muss zu den "den Departementen ... unterstellten Dienstabteilungen" (71) gezählt werden. Art. 98 lit. c OG bestimmt aber zusätzlich, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen erstinstanzliche Verfügungen der genannten Behörden nur dann unmittelbar zulässig sei, soweit das Bundesrecht sie gegen diese Verfügungen vorsehe (72). I.A. von Art. 5 I ArG entscheidet das BIGA erstinstanzlich "über die Unterstellung industrieller Betriebe" (73). In diesem Sinne nützt Art. 55 I ArG den in Art. 98 lit. c OG gemachten Vorbehalt ergänzenden Bundesrechts.

Die in Art. 57 I ArG genannten letzten kantonalen Instanzen tauchen in Art. 98 lit. g OG wieder auf. Sie kommen als Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts nur in Betracht, "soweit nicht das Bundesrecht gegen ihre Verfügungen zunächst die Beschwerde an eine Vor-

70) Vor der Revision des OG von 1968, deren wesentlicher Punkt die Einführung einer die Zuständigkeit des Bundesgerichts als Verwaltungsgericht bestimmenden Generalklausel war (vgl. hiezu vorne § 5 bei N 20), galt Art. 99 Ziff. IX OG (in der Fassung gemäss Art. 70 ArG), der die Kompetenz des Bundesgerichts als Beschwerdeinstanz in arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflegeverfahren unter Nennung der zuständigen Vorinstanzen festgelegt hatte (vgl. hiezu: BIGLER, Kommentar zu Art. 70 ArG; Botschaft zum Arbeitsgesetz, Bemerkungen zu Art. 65 EzArG, 1027/1028). Damals war die Situation für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege noch eindeutig.

Das im Ingress von Art. 98 OG vorbehaltene Verfahren nach Art. 47 II-IV VwVG, das sog. Sprungrekursverfahren (vgl. hiezu Fritz GYGI, System der Verwaltungsrechtspflege, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (Festschrift Basel 1975) 197 ff., 204 bei N 46), wird in dieser Arbeit vernachlässigt.

71) Art. 98 lit. c OG.

72) Der Gehalt dieser Ausnahmeregelung wird bei der Behandlung des sog. Zweistufensystems genauer beleuchtet werden (vgl. hinten § 29 bei N 8).

73) Art. 55 I ArG. Den Unterstellungsverfügungen des BIGA nach Art. 5 I ArG sind die Aenderungs- und Aufhebungsverfügungen gemäss Art. 16 II und 17 I ArGVO I gleichgestellt (vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 55 ArG).

instanz im Sinne der Buchstaben b-f (von Art. 98 OG) vorsieht" (74). Auch hier wird dem weiteren Bundesrecht ein Ergänzungsspielraum gewährt; diesen nutzt Art. 57 I ArG aber nicht. Deshalb ist der letzte kantonale Entscheid über eine Feststellungsverfügung i.S. von Art. 41 III ArG gemäss Art. 57 I ArG direkt beim Bundesgericht anfechtbar (75).

Aus dem Gesagten folgt, dass die Zuständigkeit des Bundesgerichtes als Rechtspflegeinstanz der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus einer Verknüpfung von OG und ArG abzuleiten ist. Im Bereich dieser Verknüpfung bleiben demnach Art. 55 I und 57 I ArG neben der Neuregelung der bundesgerichtlichen Kompetenzen des OG in Kraft (76). Wie noch zu zeigen sein wird, ist das Bundesgericht auch in anderen Fällen arbeitsgesetzlicher Verwaltungsrechtspflege die zuständige Beschwerdeinstanz. Da diese weiteren Rechtspflegekompetenzen die im Arbeitsgesetz getroffenen Regelungen ersetzen, sollen sie an deren Stelle erläutert werden.

-
- 74) Art. 98 lit. g OG; vgl. zum Kriterium der Letztinstanzlichkeit Alfred KOELZ/Peter KOTTUSCH, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahrenrecht, ZBl. 79 (1978) 421 ff., 445 bei N 184.
- 75) Da sich gemäss Art. 97 I und 98 OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur gegen Verfügungen i.S. von Art. 5 VwVG richten kann, sind auch Entscheide letzter kantonomer Instanzen (Art. 57 I ArG i.V.m. Art. 98 lit. g OG) Verfügungen; in diesem Sinne ist Art. 5 VwVG zu ergänzen. Hier zeigt sich die vorne in § 17 nach N 17 beschriebene Wechselwirkung von OG und VwVG bezüglich der Definition des Verfügungsbegriffs.
- 76) Vgl. II Abs. 2 der Schlussbestimmungen der Aenderung vom 20. Dezember 1968 (nach Art. 171 OG) und das vorne in § 11 dazu Gesagte. Dementsprechend ist die Aussage JAGMETTIs (in HUG N 1 zu Art. 56-57 ArG S. 380), Art. 57 ArG sei durch OG und VwVG ersetzt worden, zu absolut. Laut der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, Erläuterung zu Art. 75 und 76 EzVwVG (BBl. 1965 II 1348 ff.) hebt nämlich Art. 80 lit. c VwVG (= Art. 75 I lit. c EzVwVG) "nur inhaltlich abweichende, nicht auch inhaltsgleiche und nur im Wortlaut abweichende Bestimmungen des Spezialverwaltungsrechts auf" (1374/1375).

1.2. RECHTSPFLEGEKOMPETENZEN DES BUNDESRATES

Die einzige im Arbeitsgesetz ausdrücklich erwähnte Zuständigkeit des Bundesrates innerhalb der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege steht in Art. 57 II ArG. Sie wäre nach dieser Vorschrift gegeben für "Verwaltungsbeschwerden gegen andere Entscheide der letzten kantonalen Instanz ... nach Massgabe der Bundesgesetzgebung über die Organisation der Bundesrechtspflege" (77). Es versteht sich von selbst, dass damit nicht das 1968 revidierte Organisationsgesetz gemeint sein kann, sondern es geht um das ursprüngliche Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943. Die damals anwendbaren Verfahrensvorschriften waren Art. 125 ff. OG (78), die jedoch mit Erlass des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes aufgehoben worden sind (79). Demnach ist Art. 57 II ArG "durch die Neuregelungen von VwVG und OG überholt" (80).

Eine weitere aus der anfänglichen Gestaltung der Verwaltungsrechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten fliessende, im Arbeitsgesetz selbst aber nicht explizit genannte Kompetenz des Bundesrates war die Beurteilung von Beschwerdeentscheiden des EVD (81). Da sich aber diese Zuständigkeit auf inzwischen aufgehobene Gesetzesarti-

77) Art. 57 II ArG. Eine eindeutige Umschreibung der Anwendungsfälle hatte Art. 53 II EzArG enthalten: "Gegen Entscheide der letzten kantonalen Instanz in anderen als den in Absatz 1 genannten Fällen ...". Dafür enthält die Botschaft zum Arbeitsgesetz (Bemerkungen zu Art. 52 und 53 EzArG, 1007 a.E.) einen gravierenden Redaktionsfehler, ist doch dort (entgegen dem Wortlaut von Art. 53 II EzArG) von einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde an den Bundesrat die Rede.

78) Vgl. BIGLER, Kommentar N 2b zu Art. 57 ArG.

79) Vgl. Art. 80 lit. b VwVG.

80) REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 57 ArG a.A.; vgl. auch JAGMETTI in HUG N 1 zu Art. 56-57 ArG S. 380.

81) In Anwendung von Art. 55 II ArG; vgl. hiezu Ziff. 1.3. hienach.

kel stützte (82); gilt zusammenfassend, dass der Bundesrat heute keine im Arbeitsgesetz selbst verankerte Rechtspflegekompetenz in arbeitsgesetzlichen Verwaltungsverfahren mehr hat (83).

Das heisst nun aber nicht, dass der Bundesrat als Rechtspflegeinstanz im Bereich des Arbeitsgesetzes grundsätzlich nicht mehr in Frage käme; nur müsste er durch Vorschriften des VwVG/OG hiezu berufen sein (84). Dabei ist davon auszugehen, dass Verwaltungsbeschwerde "an den Bundesrat unzulässig ist gegen Verfügungen, die durch Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ... anfechtbar sind" (85). Demnach bestimmen heute in erster Linie die Art. 98 ff. OG, ob der Bundesrat zum Zug kommt oder nicht. Inwieweit insbesondere der Ausnahmekatalog der Art. 99-102 OG auf die Verwaltungsrechtspflege in Zusammenhang mit arbeitsgesetzlichen Verfügungen zum Tragen kommt, soll später anhand einzelner Beispiele aufgezeigt werden (86).

Zum Abschluss sei noch darauf hingewiesen, dass die Nennung des Bundesrats in Art. 57 II ArG nicht einmal hinsichtlich der Regelung von Art. 98 lit. g OG von Bedeutung ist. Wenn in letztgenannter Norm nämlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht

82) Vgl. Botschaft zum Arbeitsgesetz, Bemerkungen zu Art. 51 EzArG, 1007; BIGLER (Kommentar N 2a zu Art. 55 ArG) einerseits sowie Art. 80 lit. a und b VwVG andererseits.

83) Dies gilt sogar für seine Zuständigkeit als Aufsichtsbehörde, da gemäss Art. 80 lit. c VwVG auch Art. 54 II ArG aufgehoben worden ist; an seine Stelle trat Art. 71 VwVG (vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 4 zu Art. 54 ArG).

84) Gemäss Art. 72 lit. d VwVG ist der Bundesrat auch heute noch zuständige Behörde für Verwaltungsbeschwerden gegen Verfügungen "letzter kantonalen Instanzen". Diese Zuständigkeit ist jedoch durch den Sachkatalog des Art. 73 VwVG beschränkt; arbeitsgesetzliche Verfügungen lassen sich aber unter Absatz 1 lit. c dieser Vorschrift subsumieren.

85) Art. 74 lit. a VwVG. Aber auch gegenüber den Rechtspflegekompetenzen anderer Bundesbehörden tritt diejenige des Bundesrates zurück (vgl. Art. 74 lit. b VwVG).

86) Hiezu hinten mehr in § 32 und 33.

§ 21 1.2. /1.3.

gegen Verfügungen letzter kantonalen Instanzen für unzulässig erklärt wird, so gilt dies nur, "soweit ... das Bundesrecht ... zunächst die Beschwerde an eine Vorinstanz im Sinne der Buchstaben b-f (von Art. 98 OG) vorsieht". Der Bundesrat wird aber in Art. 98 lit. b-f OG nicht genannt (87).

1.3. RECHTSPFLEGEKOMPETENZEN DES EVD

Auch die in Art. 55 II ArG statuierte Rechtspflegekompetenz des EVD stützt sich auf eine nicht mehr gültige Vorschrift des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesverwaltung vom 26. März 1914 (88). Ob also gegen die in Art. 55 II ArG genannten Verfügungen des BIGA wirklich Verwaltungsbeschwerde an das EVD möglich ist, bestimmt sich heute ebenfalls nach VwVG/OG.

Die Zulässigkeit einer Verwaltungsbeschwerde – der internen Verwaltungsrechtspflege also – beurteilt sich nach Art. 44 ff. VwVG. Zu diesen Vorschriften gehört aber auch Art. 46 lit. a VwVG, der besagt, dass Verwaltungsbeschwerde gegen Verfügungen, die durch Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht anfechtbar wären, nicht zulässig sei. Der nächste Schritt führt demzufolge ins Organisationsgesetz und dort zur bereits bekannten Norm Art. 98 lit. c OG (89), denn auch die "anderen Verfügungen" i.S. von Art. 55 II ArG sind erstinstanzliche des BIGA. Da jedoch der durch Art. 98 lit. c OG offengelassene Bereich ergänzender bundesrechtlicher Regelungen durch Art. 55 II ArG – im Gegensatz zum ersten Abschnitt des selben Artikels – nicht genutzt

87) Wohl aber in Art. 98 lit. a OG (vgl. VPB 1981 Nr. 27 S. 157).

88) Vgl. BIGLER (Kommentar N 2a zu Art. 55 ArG) mit Art. 80 lit. a VwVG.

89) Vgl. nach N 71 hievor.

wird, ist gegen solche "andere Verfügungen" eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde zumindest unmittelbar nicht gegeben (90).

Diese Erkenntnis führt zurück in VwVG, und man muss sich dort nun auf die Suche nach der innerhalb der Verwaltung zuständigen Beschwerdeinstanz machen. Art. 47 I VwVG gibt verschiedene Möglichkeiten, die der Reihe nach geprüft werden müssen. Bezüglich der Kompetenz des Bundesrats verweist Art. 47 I lit. a VwVG auf Art. 72 ff. VwVG. Die erstinstanzlichen Verfügungen des BIGA lassen sich jedoch unter keinem Titel dem Art. 72 VwVG zuordnen (91).

Als nächste Variante bestimmt Art. 47 I lit. b VwVG, Beschwerdeinstanzen seien andere Instanzen, die das Bundesrecht als solche bezeichne. Hier greift nun Art. 55 II ArG wieder ein, der als zuständige Beschwerdeinstanz das EVD nennt; "in dieser Beziehung steht (er) weiterhin in Kraft ..." (92). Es bedurfte jedoch eines (zu) langen Umwegs, um dieses Wirkungsfeld der genannten arbeitsgesetzlichen Vorschrift aufzeigen zu können.

Schlussendlich käme man allerdings zum selben Resultat, auch wenn es Art. 55 II ArG gar nicht gäbe. Unter der Annahme nämlich, dass die Aufzählung der mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbaren bundesamtlichen Verfügungen in Art. 55 I ArG abschliessend sei, kämen auf alle anderen erstinstanzlichen Verfügungen des BIGA die allgemeinen Regeln von VwVG/OG zur Anwendung. Der bereits aufgezeigte Zick-Zack-Lauf durch das Gesetzeslabyrinth würde dann bei Art. 47 I lit. c VwVG enden. Da das EVD die Aufsichtsbehörde des BIGA

90) Deshalb bestimmt Art. 102 lit. d OG, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig sei, wenn vorgängig irgendeine andere Beschwerde oder Einsprache offenstehe.

91) Insbesondere deshalb nicht, weil der Bundesrat nicht unmittelbare Aufsichtsbehörde des BIGA ist (vgl. Art. 72 lit. b VwVG); beachte anschliessend auch Art. 74 lit. b VwVG.

92) JAGMETTI in HUG N 5 zu Art. 55 ArG.

§ 21 1.3./1.5.

ist (93) und da in casu eine anderslautende bundesrechtliche Regelung - Art. 55 II ArG nämlich - fehlen würde, wäre das EVD i.A. von Art. 47 lit. c VwVG auch wieder Beschwerdeinstanz im arbeitsgesetzlichen internen Verwaltungsrechtspflegeverfahren.

1.4. RECHTSPFLEGEKOMPETENZEN DES BIGA

Abgesehen von der bereits behandelten Zuständigkeit des BIGA als Aufsichtsbehörde (94) ist das Bundesamt Beschwerdeinstanz gegen Anordnungen von erheblicher Tragweite der Eidgenössischen Arbeitsinspektorate und des Arbeitsärztlichen Dienstes i.S. von Art. 82 II und III ArGVO I (95). Auch diese Kompetenz stützt sich im Endeffekt auf Art. 47 I lit. b VwVG.

1.5. ZUSAMMENFASSUNG

Die funktionelle Zuständigkeit der verschiedenen Beschwerdeinstanzen der internen oder externen Verwaltungsrechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten wird heute in erster Linie durch die Regelung der allgemeinen Bundesverwaltungsrechtspflegeerlasse bestimmt. Nur dort, wo VwVG/OG ergänzendes Bundesrecht vorsehen, lohnt sich ein Blick ins Arbeitsgesetz. Man merkt aber schon an diesem Punkt, welche Schwierigkeiten die häufigen Quer- und Rückverweisungen innerhalb und zwischen VwVG und OG einerseits sowie ArG andererseits bereiten können. Es wird allerdings - wie bereits angetönt - noch zu

93) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 4 zu Art. 54 ArG. Demnach ist das EVD auch zuständig für Aufsichtsbeschwerden gegen das BIGA i.S. von Art. 54 II ArG.

94) Vgl. hierzu vorne § 20 1.3. nach N 25.

95) Vgl. hierzu vorne § 20 1.4. bei N 38; HOLZER in HUG N 11 i zu Art. 42 ArG.

zeigen sein, dass die Probleme erst mit der sachlichen und rechtlichen Qualifikation der einzelnen anzufechtenden arbeitsgesetzlichen Verfügung richtig beginnen.

2. Rechtspflegeinstanzen des Kantons Zürich gemäss ArG und kantonalen Vorschriften

Art. 56 I ArG bestimmt bezüglich der materiellen Ordnung der kantonalen Verwaltungsrechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten eigentlich nur, dass gegen Verfügungen, die eine kantonale Behörde in Vollzug des Arbeitsgesetzes erlässt, Beschwerde bei der kantonalen Rekursbehörde erhoben werden könne. Damit werden die Kantone aber lediglich dazu verpflichtet, mindestens eine Rechtspflegeinstanz vorzusehen; zur Errichtung eines eigentlichen Instanzenzuges sind sie nicht gehalten (96).

Wie man dem Anhang II der amtlichen Textausgabe des Arbeitsgesetzes (97) entnehmen kann, ist in Zürich nur der Regierungsrat kantonale Rekursbehörde; man hat sich hier demnach auf das Minimum beschränkt (98). Zusammen mit der Nennung der kantonalen Rechtspflegeinstanz ist jeweils auch die Verfahrensart – interne oder externe Verwaltungsrechtspflege – festgelegt, denn auch diesbezüglich sind die Stände frei, obschon die Formulierung in Art. 56 I ArG eher auf

96) Daran ändert auch Art. 57 ArG, der von "Entscheiden der letzten kantonalen Instanz" spricht, nichts: Die letzte Instanz kann durchaus zugleich die erste sein (vgl. Walter E. HINDERMANN, Leitfaden zum Arbeitsgesetz (2. Auflage, Zürich 1970) 128; Botschaft zum Arbeitsgesetz, Bemerkungen zu Art. 52 und 53 EzArG, 1007). Auch Art. 41 I ArG, der nur eine kantonale Rekursbehörde erwähnt, darf nicht i.S. einer oberen Begrenzung verstanden werden.

97) Stand per 1. Juni 1980.

98) Im Gegensatz dazu sieht z.B. der Kanton Nidwalden einen dreistufigen Instanzenzug vor.

§ 21 2./2.1.

die interne Verwaltungsrechtspflege hinweist (99). In Zürich findet also aufgrund der Zugehörigkeit des Regierungsrats zur Exekutive die Rechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten nur innerhalb der Verwaltung statt (100).

2.1. DER REGIERUNGSRAT ALS REKURSINSTANZ

I.S. VON ART. 56 I ARG

Die gesetzliche Grundlage dieser regierungsrätlichen Kompetenz ist nicht einfach zu finden. In § 16 ArGVVO ist lediglich festgehalten, dass auf Beschwerdeverfahren nach Art. 55-58 ArG das Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (VRG) zur Anwendung komme, soweit diese Vorschriften kantonales Recht vorbehalten würden. Aber auch dem VRG lässt sich keine eindeutige Bestimmung entnehmen. Analog zur Suche nach der zuständigen Rechtspflegeinstanz des Bundes gemäss VwVG/ÖG wäre man auch für den Kanton Zürich versucht, zuerst die

99) So ist insbesondere der Begriff "Rekurs" - in Art. 56 I ArG in der Verbindung "Rekursbehörde" zu finden - der verwaltungsexternen Rechtspflege fremd. Für den Bereich des Bundesverwaltungsrechtspflegeverfahrensrechts wird er - wie der Ausdruck "Beschwerde" - als Synonym der Verwaltungsbeschwerde verwendet: "Das Prozessmittel der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege ist die Verwaltungsbeschwerde, auch kurz Beschwerde (VwG 44), Rekurs oder förmliche Beschwerde geheissen" (Fritz GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund (2. Auflage, Bern 1974) 19; 28 a.A.). Beachte auch das Auftauchen des Begriffs "Rekurs" im bereits in Anm. 70 hievor erwähnten Sprungrekursverfahren, das ebenfalls zur internen Verwaltungsrechtspflege gehört.

Im Kanton Zürich ist bezüglich der internen Verwaltungsrechtspflege überhaupt nur von "Rekurs" die Rede (beachte den Titel vor § 19 VRG sowie die ihm folgenden Gesetzesparagrafen; vgl. auch: BOSSHART, Kommentar N 1 zu § 19 VRG; KOELZ, Kommentar N 3 und 10 ff. zu § 20 VRG). Dafür versteht das VRG unter "Beschwerde" grundsätzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde (vgl. § 41 ff. VRG).

100) Demgegenüber sehen die Kantone Tessin, Genf und Jura ein einstufiges Rechtspflegeverfahren vor Justizbehörden vor (vgl. Anhang II der amtlichen Textausgabe des Arbeitsgesetzes).

Kompetenzordnung des kantonalen Verwaltungsgerichts (101) zu überprüfen. Bereits in § 41 I VRG zeigt sich aber, dass in Zürich – entgegen der bundesrechtlichen Regelung – keine Generalklausel, sondern Einzelschriften die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts bestimmen (102).

Da eine entsprechende Norm im kantonalen Vollzugsrecht zum Arbeitsgesetz fehlt, muss die Beschwerdebehörde innerhalb der Verwaltung gesucht werden. Dazu findet sich in § 19 I VRG einzig der lapidare Hinweis auf "die obere Behörde". "Dabei handelt es sich regelmässig um diejenige Behörde, welche die Dienstaufsicht über die untere ausübt, (d.h.) die der verfügenden oder entscheidenden hierarchisch übergeordnete Behörde" (103). Für den Vollzug des Arbeitsgesetzes sind im Kanton Zürich die Direktionen der Volkswirtschaft und der Finanzen (letztere in beschränktem Umfang) zum Erlass der entsprechenden Verfügungen zuständig (104); sie sind demnach i.S. des vorstehenden Zitats von KOELZ die unteren, verfügenden Behörden. Damit ist allerdings über die Rekursbehörde noch nichts gesagt; nirgends im VRG finden sich konkrete Anhaltspunkte. In diesem Zusammenhang bestimmt § 5 I VRG immerhin, dass jede Verwaltungsbehörde ihre Zuständigkeit selbst zu prüfen habe.

Falls ihr hiezu eine besondere Kompetenznorm nicht zur Verfügung steht, hat sie diese Prüfung anhand des Gesetzes betreffend die Organisation und Geschäftsordnung des Regierungsrates und seiner Direk-

101) Vgl. § 41 ff. VRG.

102) Vgl. KOELZ, Kommentar N 1 zu Art. 41 ArG.

103) KOELZ, Kommentar N 56 zu Art. 19 VRG.

104) Vgl. hiezu vorne § 20 2.3. Beachte auch die im kantonalen Organisationsgesetz getroffene Kompetenzaufteilung; insb. § 27 Ziff. 5 bzw. § 29 Ziff. 11 des Gesetzes betreffend die Organisation und Geschäftsordnung des Regierungsrates und seiner Direktionen vom 26. Februar 1899/5. April 1981 (OGRR) sowie § 6 Ziff. 18 bzw. § 7 Ziff. 1 des Regierungsratsbeschlusses über die Geschäftsverteilung unter den Direktionen vom 30. Dezember 1980.

§ 21 2.1./2.2.

tionen vom 26. Februar 1988 / 5. April 1981 (OGRR) vorzunehmen (105). Die ausschlaggebende Norm ist § 13 II OGRR: "Gegen alle Verfügungen in Sachen, welche einer Direktion zur Erledigung zugewiesen sind, steht das Recht des Rekurses an den Regierungsrat offen". Damit wäre die Zuständigkeit der höchsten zürcherischen Exekutivbehörde als erste Rekursinstanz in arbeitsgesetzlichen Rechtspflegeverfahren erstellt.

2.2. DER REGIERUNGSRAT ALS LETZTE KANTONALE REKURSINSTANZ

I.S. VON ART. 57 ArG

Wie bereits gezeigt worden ist, besteht bezüglich des Begriffs der "letzten kantonalen Instanz" Uebereinstimmung zwischen Art. 57 ArG und Art. 98 lit. g OG (106); die Qualifikation als solche muss jedoch das kantonale Recht vornehmen. Das Zürcher Verwaltungsrechtspflegegesetz enthält keine Vorschrift, welche die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Rekursentscheide des Regierungsrats grundsätzlich ausschliessen würde; diese sind vielmehr dem Grundsatz nach mit kantonaler Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar.

Dies folgt aus § 47 I lit. c VRG, der nach einhelliger Lehrmeinung auch für Rekursentscheide - nicht nur für Beschlüsse - des Regierungsrats gilt (107). Diese Anwendbarkeit unterliegt allerdings der wichtigen Einschränkung, dass das Verwaltungsgericht "in der Sache selbst zuständig ist" (108). Ob diese Zuständigkeit gegeben ist, müsste

105) "Wer obere Verwaltungsbehörde ist, ergibt sich aus der verfassungsmässigen Staatsordnung und aus der gesetzlichen Behördenorganisation" (BOSSHART, Kommentar N 5 zu § 19 VRG).

106) Vgl. hiezu Ziff. 1.1. vor N 74 sowie die entsprechende Anmerkung hievor. Diese begriffliche Uebereinstimmung gilt auch in bezug auf Art. 72 lit. d VwVG (vgl. Ziff. 1.2., insbesondere Anm. 84 hievor).

107) Vgl. BOSSHART, Kommentar N 3 zu § 47 VRG; KOELZ, Kommentar N 12 zu § 47 VRG.

108) KOELZ, Kommentar N 12 zu § 47 VRG.

an sich anhand des Sachkatalogs der § 42-45 VRG (109) abgeklärt werden.

Eine solche Prüfung erübrigt sich jedoch angesichts der bereits zitierten Vorschrift, dass die Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht unzulässig sei, soweit eine Anordnung mit einem anderen Rechtsmittel als durch staatsrechtliche Beschwerde an eine eidgenössische Instanz weitergezogen werden könne (110). Im Bereich des Arbeitsgesetzes ist hiebei wohl in erster Linie an die Bundesverwaltungsgerichtsbeschwerde zu denken, aber auch die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat kommt in Betracht (111).

Da aber einerseits die beiden genannten Bundesrechtsmittel nur dann gegeben sind, wenn feststeht, dass die umstrittene Verfügung von der letzten kantonalen Instanz ausgegangen ist, der Zürcher Regierungsrat aber andererseits nur dann letzte kantonale Instanz in arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflegeverfahren ist, wenn feststeht, dass seine Rekursentscheide i.S. von § 49 VRG an eine Bundesbehörde weitergezogen werden können, bedingen sich die bundesrechtlichen und die kantonalzürcherische Regelungen gegenseitig (112).

109) Vgl. BOSSHART, Kommentar N 4 zu § 47 VRG.

110) Vgl. § 49 VRG, zitiert vorne in § 7 Anm. 39.

111) Vgl. hiezu Ziff. 1.1. und 1.2. hievon.

112) Das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich löst diese gegenseitige Abhängigkeit wie folgt: Falls ein regierungsrätlicher Rekursentscheid gemäss der bundesrechtlichen Sachkompetenzordnungen in VwVG und OG mit einem eidgenössischen Rechtsmittel anfechtbar wäre, wird das bundesrechtliche Erfordernis der kantonalrechtlichen funktionellen Letztinstanzlichkeit durch § 49 VRG erstellt.

2.3. URSPRUENGLICHE ORDNUNG DER ARBEITSGESETZLICHEN VERWALTUNGSRECHTSPFLEGEINSTANZEN IM KANTON ZUERICH

Wie man BIGLERs Kommentar entnehmen kann, waren im Kanton Zürich anfänglich zwei Rekursbehörden im arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflegeverfahren vorgesehen (113). Erste Instanz war die Direktion der Volkswirtschaft, deren Rekursentscheid anschliessend beim Regierungsrat in zweiter Instanz angefochten werden konnte. Dieser zweistufige Instanzenzug war natürlich nur möglich, weil damals arbeitsgesetzliche Verfügungen von einer der Volkswirtschaftsdirektion untergeordneten Arbeitsbehörde erlassen wurden. Da jedoch die diesbezügliche Kompetenz auch dazumal schon bei den Direktionen lag (114), konnte dies nur aufgrund einer innerkantonalen Vollzugsdelegation geschehen. Von Beginn an war der Volkswirtschaftsdirektion "für die Durchführung der Aufgaben ... das Industrie- und Gewerbeamt zur Verfügung" (115) gestanden, und diesem waren denn auch sämtliche erstinstanzliche Verfügungskompetenzen zum Vollzug des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnungen übertragen.

Deshalb war anfänglich das heutige KIGA die untere Verwaltungsbehörde i.S. von § 19 I ArGVVO (116); der Rekurs richtete sich zumindest formell in erster Instanz an die Direktion der Volkswirtschaft. Zur materiellen Bearbeitung ging er jedoch an die innerhalb der Direktion sachlich kompetenteste Behörde – das KIGA also. Schlussendlich landete der Rekurs dort, wo die angefochtene Verfügung materiell entstanden

113) Vgl. BIGLER, Kommentar Beilage 3 S. 228.

114) Vgl. HINDERMANN, a.a.O. (Anm. 96 hievon) 147.

115) § 1 I 2. Satz ArGVVO; vgl. auch vorne § 20 2.2. bei N 59.

116) Für das Gastwirtschaftsgewerbe galt diese Delegation allerdings nicht; diese Verfügungen ergingen immer namens der Finanzdirektion, und folglich gab es nur eine Rekursbehörde.

war - beim Arbeitsinspektorat, der vierten Abteilung des KIGA (117). Der Rekursentscheid erging zwar formell im Namen der Volkswirtschafts-direktion; trotzdem muss man diesen Abschnitt des kantonalzürcherischen Verwaltungsrechtspflegeverfahrens in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten als Augenwischerei bezeichnen.

Irgendwann im Jahre 1972 (118) wurde dann beschlossen, diesen verwaltungsinternen Leerlauf zu beenden. Die Vollzugsdelegation der Direktion an das KIGA wurde formell zurückgenommen; seitdem werden alle arbeitsgesetzlichen Verfügungen aufgrund einer verwaltungsinternen Anordnung vom Direktor des KIGA namens der Volkswirtschafts-direktion, die damit formell die verfügende Arbeitsbehörde (119) ist, gezeichnet. Die sachliche Bearbeitung der Verfügungen findet allerdings nachwievor im Arbeitsinspektorat statt.

117) Vgl. hiezu vorne § 20 2.2. Materiell fand also anstelle eines Rekursverfahrens ein in der kantonalzürcherischen Verwaltungsrechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten nicht vorgesehenes Einspracheverfahren (vgl. hiezu hinten § 25 2.) statt.

118) Ein genaues Datum war selbst von den zuständigen Stellen nicht zu erhalten.

119) Und damit auch unsere Verwaltungsbehörde i.S. von § 19 I VRG.

2. KAPITEL

PROZESSMITTEL DER ARBEITSGESETZLICHEN VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

LITERATUR: Eduard BOSSHART, Zürcherische Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zum Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Zürich 1960; zit. Kommentar); Thomas FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (2. Auflage, Zürich 1980; zit. Grundzüge); Fritz GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege (Bern 1979; zit. Bundesverwaltungsrechtspflege); ders., System der Verwaltungsrechtspflege, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (Festschrift Basel 1975) 197 ff. (zit. System); Walther HUG (Herausgeber), Kommentar zum Arbeitsgesetz (Bern 1971; zit. Bearbeiter in HUG); Alfred KOELZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (Zürich 1978; zit. Kommentar); Manfred REHBINDER, (Kurzkomentar zum) Arbeitsgesetz (3. Auflage, Zürich 1982; zit. Arbeitsgesetz); Peter SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes (Basel/Stuttgart 1979; zit. Verwaltungsverfahrenrecht); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, BBl. 1965 II 1348 ff. (zit. Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren).

"Prozessmittel" (1) ist ein von GYGI geprägter Ausdruck, der als Oberbegriff die verwaltungsrechtlichen Rechtsmittel und die Rechtsbehelfe umfasst. Der "Rechtsmittelbegriff der Verwaltungsrechtspflege ... deckt sich nicht voll mit dem zivilprozessualen" (2), und Rechtsbehelfe sind dem Zivilprozessrecht überhaupt unbekannt (3).

1) Fritz GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund (2. Auflage, Bern 1974) 19; vgl. vorne § 21 Anm. 99.

2) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 159. "Jede gesetzlich geordnete Rechtsschutzeinrichtung heisst ... in der Verwaltungsrechtspflege Rechtsmittel, wogegen im Zivilprozess der Begriff enger ist" (GYGI, a.a.O. 160).

3) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 159.

Das Arbeitsgesetz nennt verschiedene Prozessmittel beim Namen (4) oder umschreibt sie ohne direkte Bezeichnung (5). Man darf aber nicht vergessen, dass für die Ordnung der verwaltungsrechtlichen Prozessmittel auch in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten heute VwVG und OG entscheidend sind. Dabei spielt es keine Rolle, ob man die Aufzählung der Prozessmittel im Arbeitsgesetz als abschliessend ansieht oder nicht, denn ein solcher numerus clausus würde der allgemeinen bundesrechtlichen Regelung in VwVG und OG widersprechen und wäre deshalb aufgehoben (6).

Auch im Recht der Verwaltungsrechtspflege unterscheidet man die Prozessmittel nach den Kriterien ordentlich/ausserordentlich, vollständig/unvollständig, mit/ohne Suspensiveffekt usw. Vorab zu behandeln gilt es aber die Gegenüberstellung Rechtsmittel und Rechtsbehelf.

§ 22 UNTERSCHIEDUNG DER VERWALTUNGSRECHTLICHEN PROZESSMITTEL IN RECHTSMITTEL UND RECHTSBEHELFE

Beiden Prozessmitteln ist gemeinsam, dass sie dem von einer Verfügung Betroffenen deren Ueberprüfung ermöglichen sollen; sie sind gewissermassen die Waffen im Verwaltungsrechtspflegeverfahren. Das massgebende Unterscheidungsmerkmal ist der mit den verschiedenen Prozessmitteln verbundene oder fehlende Anspruch des Betroffenen auf ein Tätigwerden der angerufenen Rechtspflegebehörde. GYGI umschreibt diese Prüfungspflicht der Rechtspflegeinstanz als "Rechtsschutzanspruch" (7)

4) Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 55 I und 57 I ArG), Verwaltungsbeschwerde (Art. 55 II und 57 II ArG) und Beschwerde (Art. 56 I ArG und Art. 82 III ArGVO I).

5) Wie z.B. die Aufsichtsbeschwerde in Art. 54 II ArG.

6) Vgl. Art. 80 lit. c VwVG und II Abs. 2 der Schlussbestimmungen der Aenderung vom Dezember 1968 (nach Art. 171 OG).

7) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 160.

§ 22

des Betroffenen. Für SALADIN umfasst dieser "den Anspruch auf Ausübung von Parteirechten und auf autoritative Ueberprüfung" (8) der angefochtenen Verfügung.

Dieser Rechtsschutzanspruch unterscheidet denn auch die verwaltungsrechtlichen Rechtsmittel von den blossen Rechtsbehelfen (9). Mit letzteren "kann (nämlich) eine Behörde nie zum Eintreten und damit zum materiellen Ueberprüfen verpflichtet werden" (10). Hieraus folgt ohne weiteres, dass nur die verwaltungsrechtlichen Rechtsmittel dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf Rechtspflege (11) Genüge leisten können. Da es schlichtweg undenkbar ist, dass sich eine justizmässige Rechtspflegeinstanz mit einem bei ihr eingereichten Begehren überhaupt nicht befassen muss, "richten sich Rechtsbehelfe des Verwaltungsrechts stets nur an Verwaltungsbehörden" (12).

KOELZ unterscheidet Rechtsmittel und Rechtsbehelfe in erster Linie nach ihrer rechtlichen Grundlage (13). Auch aus verschiedenen Formulierungen GYGIs könnte man herauslesen, dass für die Qualifikation eines verwaltungsrechtlichen Prozessmittels als Rechtsmittel die gesetzliche Regelung desselben ausschlaggebend sei (14). Diese Unterschei-

8) SALADIN, *Verwaltungsverfahrenrecht* 19.21. Ähnlich definiert GYGI (*Bundesverwaltungsrechtspflege* 161) den Rechtsschutzanspruch "als verfahrensrechtliche(n) Anspruch auf geordnete Prüfung und Beurteilung des ins Recht gelegten Begehrens".

9) Vgl. GYGI, *System* 197.

10) SALADIN, *Verwaltungsverfahrenrecht* 19.21.

11) Vgl. hiezu vorne § 15 1.3. und den daselbst in Anm. 40 zitierten SALADIN (*Verwaltungsverfahrenrecht* 2.1 S. 16), der an der angegebenen Stelle einzig von Rechtsmitteln spricht.

12) GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege* 161.

13) "Rechtsmittel sind gesetzlich vorgesehene Rechtsschutzeinrichtungen, Rechtsbehelfe werden meist durch die Praxis geschaffen" (KOELZ, *Kommentar N 2 zu § 20 VRG*).

14) Vgl. das Zitat in Anm. 2 hievor sowie das folgende: Bei Rechtsmitteln "handelt es sich um gesetzlich geregelte, förmliche Rechtsschutzeinrichtungen" (GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege* 160).

dungsmethode wäre aber zu einfach und würde zu falschen Zuordnungen führen, da es z.B. im Bundesverwaltungsverfahrensgesetz gesetzlich normierte Rechtsbehelfe gibt, wogegen im Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich nicht alle kantonalen Rechtsmittel geregelt sind (15). Entscheidend für die Unterteilung muss demnach bleiben, "ob mit einem prozessualen Institut ein Rechtsschutzanspruch verbunden ist oder nicht" (16). An diesem Punkt geht JAGMETTI kommentarlos vorbei; er verwendet den terminus technicus "Rechtsbehelf" vielmehr als Oberbegriff (17). Die von GYGI und KOELZ vertretene Einteilungsordnung ist derjenigen JAGMETTIs jedoch vorzuziehen.

§ 23 PROZESSMITTEL DER INTERNEN BUNDESVERWALTUNGSRECHTS- PFLEGE IN ARBEITSGESETZLICHEN ANGELEGENHEITEN

Das Arbeitsgesetz und seine Allgemeine Verordnung nennen neben der "Verwaltungsbeschwerde" noch die "Beschwerde" (18). Diese begriffliche Unterscheidung ist zumindest im Fall von Art. 82 III ArGVO I ohne Gehalt, bezeichnen doch beide Ausdrücke dasselbe Prozessmittel der verwaltungsinternen Rechtspflege. Dass Art. 56 I ArG, in welchem die grundsätzliche Anfechtungsmöglichkeit von Verfügungen kantonaler Arbeitsbehörden innerhalb des Kantons statuiert wird, nur von einer "Beschwerde" spricht, kann demgegenüber mit der Freizügigkeit, die

15) Siehe hierzu hinten § 25 2.

16) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 160. "Die Grenze zwischen Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen ist ... nicht immer klar zu ziehen. Zuweilen wird ein Rechtsbehelf in der Praxis derart formalisiert, dass ihm zumindest eine rechtsmittelähnliche Wirkung zukommt" (KOELZ, Kommentar N 2 zu § 20 VRG).

17) Vgl. JAGMETTI in HUG N 4 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 55 ArG. Für JAGMETTI sind demnach - entgegen der herrschenden Lehre - Rechtsmittel eine Unterart der Rechtsbehelfe.

18) Vgl. Art. 56 I ArG und Art. 82 III ArGVO I; siehe Anm. 4 hievon.

§ 23/1.

den Kantonen bei der Ausgestaltung ihrer Rechtspflegeverfahren gewährt ist (19), erklärt werden (20). Der Bundesgesetzgeber wollte den Kantonen nicht zwingend vorschreiben, ihre arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflegeverfahren auf die eine oder andere Art (21) zu organisieren. Im Sinne einer unmissverständlichen Terminologie wird in dieser Arbeit für das entsprechende interne Bundesverwaltungsrechtsmittel fortan nur noch der Begriff "Verwaltungsbeschwerde" (22) verwendet.

1. Rechtsmittel

Die interne Bundesverwaltungsrechtspflege kennt folgende Rechtsmittel: Verwaltungsbeschwerde (Art. 44 ff. und 72 ff. VwVG), Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde (Art. 70 VwVG), Revision (Art. 66 VwVG) und Erläuterung (Art. 69 VwVG). Alle diese Rechtsmittel können in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege zum Zuge kommen, obschon das Arbeitsgesetz nur die Verwaltungsbeschwerde, die später noch ausführlich zu behandeln sein wird, anführt.

Ein weiteres Rechtsmittel der internen Bundesverwaltungsrechtspflege ist die Einsprache. Da diese im VwVG nicht allgemein geregelt wird, sondern in den Bereich spezialgesetzlichen Verwaltungs-

19) Vgl. hierzu vorne § 21 2.

20) Damit wird aber der "Begriffssalat" des Arbeitsgesetzes und der anderen Verwaltungsrechtspflegeerlasse (vgl. hierzu vorne § 21 Anm. 99) – was den terminus technicus der "Beschwerde" anbelangt – nur noch grösser.

21) D.h. im internen oder externen Verfahrensweg.

22) Als Gegensatz zur "Verwaltungsgerichtsbeschwerde".

rechts fällt {23}, spielt sie für die arbeitsgesetzliche Rechtspflege keine Rolle, denn eine entsprechende Bestimmung fehlt im Arbeitsgesetz.

1.1. RECHTSVERWEIGERUNGS- UND RECHTSVERZÖGERUNGSBESCHWERDE

Die Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde geht nicht an die Instanz, welche für die Beschwerde gegen die verweigerte oder verzögerte Verfügung zuständig wäre, sondern an die Aufsichtsbehörde (24). Die gerügte Verweigerung oder Verzögerung muss jedoch gemäss Art. 70 I VwVG unrechtmässig sein; d.h. es muss auf seiten des Beschwerdeführers ein Anspruch auf Erlass der verweigerten oder

23) Vgl. hierzu: GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 27; dens., System 198; SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht 19.221 S. 165. Die Einsprache wird in Art. 30 II lit. b, 46 lit. b und 74 lit. b VwVG lediglich erwähnt (vgl. auch Art. 5 II VwVG).

"Im Gegensatz zur Beschwerde ist ... die Einsprache bei der verfügenden Instanz einzureichen" (FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 24 N 57). Deshalb wohl wird das Einspracheverfahren in der Botenschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren (Erläuterung zu Art. 40 und 41 EzVwVG, 1369) als "ein atypisches, Streitiges Verfahren erster Instanz" bezeichnet. Trotzdem zählt GYGI (a.a.O., erste Quellenangabe) das Einspracheverfahren "nicht zu der eigentlichen Streitigen Verwaltungsrechtspflege" und die Einsprache somit nicht zu den verwaltungsrechtlichen Prozessmitteln. A.M. ist SALADIN (a.a.O. 19.23), der die Einsprache als ordentliches Rechtsmittel (zu diesem Begriff vgl. hinten § 26 1.) bezeichnet.

24) Vgl. Art. 70 I VwVG; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 164 a.E. Beschwerde- und Aufsichtsinstanz können, müssen aber nicht die selbe Behörde sein. In der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich z.B. sind sie es (vgl. hinten § 25 7. vor N 124).

§ 23 1.1.

verzögerten Verfügungen bestehen (25), der durch das gerügte Verhalten der Verwaltungsbehörde verletzt wird (26).

Ob und wann eine Rechtsverweigerung oder -verzögerung das Kriterium der Unrechtmässigkeit erfülle, beurteilt sich grundsätzlich nach objektiven Massstäben (27). Einfacher ist es da schon, wenn die zum Erlass einer Verfügung an sich berufene Verwaltungsbehörde erklärt, dass sie dieser Pflicht nicht nachzukommen gedenke (28). Die soeben beschriebenen Rechtsmittel haben jedoch "in der Praxis nicht jene Bedeutung erlangt, die man von (ihnen) hätte erwarten dürfen" (29).

25) Vgl. FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 24 N 93.

26) Das Bundesgericht hatte unrechtmässige Rechtsverweigerungen oder -verzögerungen schon immer als Verstoss gegen Art. 4 BV gewertet. Deshalb wären die entsprechenden Widerhandlungen auch ohne die bundesgesetzliche Normierung anfechtbar – wenn auch nur mit staatsrechtlicher Beschwerde. (Vgl. zum Ganzen: vorne § 18 3.; BGE 103 V 194 Erw. 3b) Dass in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege nicht auf das Prozessmittel der staatsrechtlichen Beschwerde zurückgegriffen werden muss, wird hinten in § 25 7. nach N 137 gezeigt.

27) "Eine unrechtmässige Rechtsverzögerung liegt dann vor, wenn die Umstände, welche zur unangemessenen Verlängerung des Verfahrens führten, objektiv nicht gerechtfertigt sind" (BGE 103 V 195 Erw. 3c).

28) Vgl. BGE 102 Ib 231 ff.

29) FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 24 N 92 S. 236; vgl. auch GYGI, System 197 Anm. 3. An selber Stelle fordert FLEINER-GERSTER, die Rechtsverzögerungsbeschwerde durch einen Anspruch auf finanzielle Entschädigung zu ersetzen. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum die Beschwerde eine Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ausschliessen sollte.

1.2. REVISION

Revisionsgrund ist gemäss Art. 66 II lit. a VwVG das Vorbringen neuer erheblicher Tatsachen oder Beweismittel. Auch mit dem Nachweis, dass die Beschwerdeinstanz aktenkundige erhebliche Tatsachen oder bestimmte Begehren übersehen habe (30), kann dieses Rechtsmittel begründet werden. Schliesslich berechtigt laut Art. 66 II lit. c VwVG "die Verletzung von wesentlichen Verfahrensvorschriften wie Ausstandspflicht, Akteneinsichtsrecht und rechtliches Gehör" (31) zur Revision. Art. 66 I VwVG statuiert den Revisionsgrund der Beeinflussung des mangelhaften Entscheides durch kriminelle Handlungen; die Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgt in solchen Fällen auf Begehren einer Partei oder von Amtes wegen.

Analysiert man die verschiedenen Revisionsgründe, kommt man wie GYGI zum Schluss, dass die Bundesverwaltungsrechtspflege unter dem Oberbegriff Revision eine Nichtigkeitsklage (Nichtigkeitsbeschwerde) wegen Verfahrensmängel (Art. 66 II lit. b und c VwVG) und eine Wiederaufnahme im Sinne des neuen Rechts (Art. 66 I und II lit. a VwVG) zusammenfasst (32).

30) Vgl. Art. 66 II lit. b VwVG.

31) FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 24 N 88.

32) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 168.

1.3. ERLÄUTERUNG

Wie der Name schon sagt, kann das Resultat eines Erläuterungsverfahrens nur die Klarstellung eines unklaren oder in sich widersprüchlichen Entscheides sein. Auch die Berichtigung offensichtlicher Redaktions- und Rechnungsfehler oder Kanzleiversehen kann mit dem Erläuterungsgesuch verlangt werden (33).

Es ist durchaus denkbar, dass Unkenntnis über einen erst durch die Erläuterung aufgedeckten Mangel des Beschwerdeentscheides den Betroffenen von der Ergreifung eines allfällig gegen diesen gegebenen Rechtsmittels abgehalten hatte. Deshalb bestimmt Art. 69 II VwVG, dass eine Rechtsmittelfrist mit der Erläuterung neu zu laufen beginne (34). Das Erläuterungsbegehren selbst ist an keine Frist gebunden.

2. Rechtsbehelfe

Rechtsbehelfe der internen Bundesverwaltungsrechtspflege sind in erster Linie das Wiedererwägungsgesuch und die Aufsichtsbeschwerde (35), aber auch die vorne bereits behandelte parlamentarische Verwaltungskontrolle (36) gehört in diese Gruppe (37). Die Aufsichtsbe-

33) Vgl. zum Ganzen: Art. 69 I und III VwVG; FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 24 N 90 f.; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 166.

34) "Eigentlich sollte das Rechtsmittel auch im Falle der Ablehnung des Erläuterungsgesuches zur Entscheidung darüber, ob Erläuterung angebracht ist, zur Verfügung stehen. Indessen spricht der Wortlaut des Gesetzes eher gegen diese Annahme (Art. 69 II VwVG)" (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 166).

35) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 161.

36) Vgl. vorne § 19 bei N 75, wo betont wird, dass der Betroffene keinen Anspruch auf ein Tätigwerden des Parlaments habe. Der die Rechtsmittel auszeichnende Rechtsschutzanspruch (siehe vorne § 22) fehlt demnach.

37) Vgl. GYGI, System 197.

schwerde ist als einziger Rechtsbehelf auch im Arbeitsgesetz selbst geregelt (38).

2.1. WIEDERERWÄGUNG

Art. 63 EZVwVG hatte noch eine Regelung der Wiedererwägung durch spezielles Bundesverwaltungsrecht vorgesehen (39), war jedoch in der parlamentarischen Debatte gestrichen worden. "Dadurch wollte man aber die Wiedererwägung nicht ausschliessen" (40). Heute ist dieser Rechtsbehelf einzig in Art. 58 I VwVG erwähnt. Nach dieser Vorschrift kann eine Verwaltungsbehörde, deren Verfügung durch Verwaltungsbeschwerde angefochten worden ist, diese "bis zu ihrer Vernehmlassung ... in Wiedererwägung ziehen" (41). Damit ist jedoch nur die Wiedererwägung im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens geregelt; wie es sich mit diesem Prozessmittel sonst verhält, bleibt offen.

Es stellt sich die Frage nach der Wirkung eines Wiedererwägungsgesuches bezüglich einer noch nicht angefochtenen oder nicht mehr anfechtbaren Verfügung. Lehre und Praxis setzen das Wiedererwägungsgesuch gegen erstinstanzliche Verfügungen unter gewissen Voraussetzungen der Revision gleich, erheben es also vom Rechtsbehelf zum Rechts-

38) Vgl. Art. 54 II ArG; vorne § 22 bei N 5.

39) Vgl. Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren, Erläuterung zu Art. 60-63 EZVwVG, 1373.

40) FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 24 N 89 S. 235.

41) Die Vernehmlassung beruht auf Art. 57 I VwVG; beachte die interessanten Ausführungen in der Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren, Erläuterung zu Art. 49-56 EZVwVG, 1371.

§ 23 2.1.

mittel (42). Nur wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, hat der Betroffene einen Anspruch darauf, dass die angerufene Verwaltungsbehörde ihre Verfügung nochmals überprüfe (43). Ansonsten "gehört die Wiedererwägung nicht zur Verwaltungsrechtspflege, sondern in das Verwaltungsverfahren" (44). Es bleibt zu beachten, dass die Wiedererwägung ein fehlendes (45) oder verpasstes (46) Rechtsmittel ersetzen kann.

42) Hier begibt man sich allerdings in das Spannungsfeld von materiellem und prozessuellem Verwaltungsrecht, dessen Bearbeitung den Rahmen dieser Arbeit allerdings sprengen würde. Deshalb mögen einige Hinweise auf entsprechendes Schrifttum genügen: FLEINERGERSTER, Grundzüge § 24 N 89; Alfred KOELZ/Peter KOTTUSCH, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahren, ZBl. 79 (1978) 421 ff., 452; SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht 13.222, 19.222; ders., Verwaltungsprozess und materielles Verwaltungsrecht, ZSR NF 94 (1975) II. Halbband 307 ff., 332 ff. Beachte auch BGE 103 Ib 365 (= Pra. 67 (1978) Nr. 66); ZR 60 (1961) Nr. 103 Erw. 7 S. 245/246.

43) Vgl. Pra. 64 (1975) Nr. 40 Erw. 3 S. 107/108.

44) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 161.

45) Vgl. BGE 99 Ib 200 ff.; insbesondere Erw. 3 S. 208.

46) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 161; aber auch Pra. 64 (1975) Nr. 40 Erw. 3 S. 107: "Wiedererwägungsgesuche dürfen ... insbesondere nicht dazu führen, dass die gesetzl. Bestimmungen über die Rekursfristen umgangen werden."

2.2. DIE AUFSICHTSBESCHWERDE

Aufgrund der systematischen Stellung von Art. 54 ArG (47), der die arbeitsgesetzliche Aufsichtsbeschwerde behandelt, könnte man versucht sein anzunehmen, bei diesem Rechtsbehelf handle es sich gar nicht um ein Prozessmittel der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege. Diese Feststellung ist jedoch für die Qualifikation der Aufsichtsbeschwerde ohne Belang, da sich diese heute – was die bundesrechtliche Verwaltungsrechtspflege betrifft – ohnehin nach Art. 71 VwVG richtet (48). Diese Norm gehört aber eindeutig zu den Vorschriften, welche die eidgenössische Verwaltungsrechtspflege regeln.

Die Aufsichtsbeschwerde wird nicht nur von GYGI als blosser Rechtsbehelf bezeichnet (49); auch andere Autoren zählen sie zu den Prozessmitteln ohne Rechtsschutzanspruch (50). "Die Aufsichtsbeschwerde..., ein Ausfluss des in Art. 57 der Bundesverfassung gewährleisteten Petitionsrechts, erschöpft sich in einer blossen Anzeige" (51).

47) Art. 54 ArG gehört zum 4. Titel des VI. Abschnitts des Arbeitsgesetzes, wo es um "Verwaltungsverfügungen und Verwaltungsmassnahmen" geht; die Vorschriften der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege beginnen erst mit Art. 55 ArG.

48) Vgl. hiezu: JAGMETTI in HUG N 7 zu Art. 54 ArG S. 371; REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 4 zu Art. 54 ArG. Beachte auch, dass die in den Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Handwerk, Handel, Verkehr und verwandten Wirtschaftszweigen (Arbeitsgesetz), Gesetzesentwurf und BIGA-Bericht (Bern 1950) dem Art. 54 ArG entsprechende Norm (Art. 73 VEzArG) unter dem Titel der Verwaltungsrechtspflege stand (vgl. hiezu JAGMETTI in HUG N 1 zu Art. 54 ArG).

49) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 161; dens., System 197.

50) Vgl. hiezu u.a.: FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 24 N 94 ("Der Anzeiger hat keinen Anspruch darauf, dass die Behörde auf seine Anzeige eintritt."); Max IMBODEN/René A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung I-II (5. Auflage, Basel/Stuttgart 1976) II Nr. 145 B II, 1069 f.; SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht 24.4 a.A. S. 218.

51) Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren, Erläuterung zu Art. 65 und 66 EzVwVG, 1373.

§ 23 2.2.

Mit der Aufsichtsbeschwerde wird die der verfügenden Verwaltungsbehörde übergeordnete Aufsichtsbehörde, die mit der eigentlichen Rechtspflegeinstanz nicht identisch sein muss (52), angerufen. Ihr Ziel ist es, die Aufsichtsbehörde auf "Tatsachen, die im öffentlichen Interesse ein Einschreiten gegen eine Behörde von Amtes wegen erfordern" (53), aufmerksam zu machen. Aussicht auf Erfolg hat die Aufsichtsbeschwerde demnach nur dann, wenn das öffentliche - nicht nur ein privates - Interesse ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde verlangt. Nach GYGI "ist das nur dann der Fall, wenn (die Aufsichtsbehörde) eigentliche Unregelmässigkeiten feststellt" (54). Weil das öffentliche Interesse im Vordergrund steht, hat der Anzeiger "nicht die Rechte einer Partei" (55). Wenn man bei der Aufsichtsbeschwerde überhaupt von Parteistellung sprechen will, dann steht diese der Öffentlichkeit zu.

Hieraus folgt, dass der Anzeiger grundsätzlich keinen Anspruch auf ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde hat. "Er kann lediglich verlangen, dass seine Anzeige zur Kenntnis genommen wird" (56). Auch gegen den förmlich mitgeteilten Entscheid der Aufsichtsbehörde, sie werde auf die Aufsichtsbeschwerde materiell nicht eintreten (57), kann der Anzeiger nichts unternehmen, da ein solcher Entscheid keine Verfügung i.S. von Art. 5 II VwVG ist (58). Zudem darf dieser Entscheid

52) Vgl. Anm. 24 hievor.

53) Art. 71 I VwVG.

54) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 162.

55) Art. 71 II VwVG. Deshalb scheint es besser, ihn nicht als "Aufsichtsbeschwerdeführer" zu bezeichnen.

56) FLEINER-GERSTER, Grundzüge § 24 N 94.

57) Die Aufsichtsbehörde ist nicht einmal verpflichtet mitzuteilen, ob sie auf die Beschwerde einzutreten gedenke (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Bankenkommission in SJZ 64 (1968) 123 S. 218; BGE 102 Ib 84 f. Erw. 3).

58) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 106, 163.

wegen des mangelnden individuellen Rechtsschutzanspruches (59) des einzelnen Anzeigers nicht als unrechtmässige Rechtsverweigerung aufgefasst werden (60).

Anders verhält es sich, wenn die Aufsichtsbehörde aufgrund der individuellen Anzeige, aber in Wahrnehmung öffentlicher Interessen die ursprüngliche Verfügung aufhebt oder ändert. Dann nämlich tritt der Aufsichtsbeschwerdeentscheid (61) an die Stelle der mangelhaften Anordnung, wird selbst Verfügung i.S. von Art. 5 I VwVG und damit gegebenenfalls wieder anfechtbar (62). Deshalb kann auch die Aufsichtsbeschwerde – wie die Wiedererwägung (63) – dazu dienen, ein nicht vorhandenes oder versäumtes Rechtsmittel zu ersetzen (64).

All das bisher Gesagte darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass "nicht jedes an eine Aufsichtsbehörde gerichtete Gesuch um Einschreiten blosser Aufsichtsbeschwerde ist" (65). Vielmehr kann dem Einzelnen dann ein Anspruch auf ein Tätigwerden der angerufenen Aufsichtsbehörde – auf das Ergreifen von Aufsichtsmassnahmen – zustehen, wenn das von der untergeordneten Verwaltungsbehörde an sich anzuwendende Verwaltungsrecht polizeilichen Charakter hat (66). Dies dürfte nun speziell für viele arbeitsgesetzlichen Schutzvorschriften – wenn nicht sogar für das Arbeitsgesetz als ganzes – zutreffen. Deshalb bestimmt Art. 54 I ArG, dass die zuständige Behörde verpflichtet sei,

59) Vgl. bei N 50 und die Quellenangaben in Anm. 50 hievor; zum Rechtsschutzanspruch als solchem vgl. vorne § 22.

60) Vgl. BGE 104 Ib 241/242 Erw. 2; 102 Ib 85 Erw. 3 a.E.

61) Wie der Wiedererwägungsentscheid übrigens auch.

62) Vgl. BGE 102 Ib 84 Erw. 3. "Diese Verfügung gilt dann als Verfügung von Amtes wegen, nicht als Beschwerdeentscheid" (Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren, Erläuterung zu Art. 65 und 66 EzVwVG, 1373).

63) Vgl. Ziff. 2.1. nach N 44 hievor.

64) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 162.

65) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 163.

66) Vgl. hiezv GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 163/164.

§ 23 2.2.

Anzeigen wegen Nichtbefolgung des (Arbeits)Gesetzes, einer Verordnung oder einer Verfügung zu prüfen und gegebenenfalls die nötigen Massnahmen zu ergreifen. So wird Privaten die Möglichkeit gegeben, die Arbeitsbehörden bei der Wahrnehmung ihrer Aufsichtspflichten durch Anzeigen gezielt zu unterstützen (67). Folgerichtig stellt JAGMETTI fest, dass damit die Anzeige (nach Art. 54 I ArG) das Korrelat zur Aufsichtsbeschwerde ... bilde (68).

Die in Art. 54 II ArG beschriebene arbeitsgesetzliche Aufsichtsbeschwerde steht nun aber in einem so engen Zusammenhang mit der in Absatz 1 des selben Artikels geregelten Anzeige, dass sie gewissermassen als deren Fortsetzung aufzufassen ist. Hieraus müsste man eigentlich folgern, dass die Grundsätze des Anzeigeverfahrens - insbesondere die Handlungsverpflichtung der angerufenen Arbeitsbehörde - auch im Aufsichtsbeschwerdeverfahren gelten würden; m.a.W. dass die Aufsichtsbehörde nicht nur zur Entgegennahme der Aufsichtsbeschwerde, sondern auch zum Eintreten auf diese gehalten sei (69). REHBINDER betrachtet die Aufsichtsbeschwerde nach Art. 54 II ArG in gewissen Fällen wohl als Alternative zur Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde (70), die bekanntermassen einen verletzten Rechtschutzanspruch seitens des Rechtsmittelklägers voraussetzen (71). Er

67) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 54 ArG. "Veranlasst wird dadurch die Aufsicht gegenüber den Betroffenen (hauptsächlich wohl den Arbeitgebern) und nicht etwa gegenüber Behörden..." (JAGMETTI in HUG N 1 zu Art. 54 ArG); zur Anzeigenberechtigung siehe hinten § 27 3.4.1.

68) Vgl. JAGMETTI in HUG N 1 zu Art. 54 ArG.

69) In der Literatur zum Arbeitsgesetz ist jedoch eine diesbezüglich eindeutige Stellungnahme nicht zu finden.

70) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 4 zu Art. 54 ArG. Diese Alternativität basiert nicht zuletzt auf der Identität der für die Behandlung von Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerden einerseits sowie Aufsichtsbeschwerden andererseits zuständigen Verwaltungsinstanz - der Aufsichtsbehörde nämlich (vgl. Art. 70 I und 71 I VwVG).

71) Vgl. Ziff. 1.1. nach N 24 hievor.

äussert sich aber nicht zum Problem, ob der Anzeiger, der sich bei Inaktivität der zuständigen Arbeitsbehörde anstatt z.B. für die Rechtsverzögerungsbeschwerde für eine Aufsichtsbeschwerde entscheidet, auf seinen persönlichen Anspruch auf ein Tätigwerden der gerügten Arbeitsbehörde verzichte. Dabei muss man bedenken, dass den Anzeiger durchaus beachtliche Gründe von der Ergreifung des ihm an sich zu Gebote stehenden Rechtsmittels abhalten können (72).

Ausschlaggebend sein sollte einzig, dass die mit einer Anzeige nach Art. 54 I ArG angerufene Arbeitsbehörde eigentlich von Amtes wegen das zu tun hätte, was der Anzeiger - zumindest implizit - von ihr begehrt (73). Verletzt die zuständige Arbeitsbehörde aber trotz Anzeige ihre gesetzliche Pflicht zur "Verwaltungsaufsicht als erste Stufe der Durchsetzung" (74) des Arbeitsgesetzes weiter, darf es nicht im Ermessen der Aufsichtsbehörde liegen, ob sie dagegen die nötigen Massnahmen ergreifen wolle oder nicht (75). Wie REHBINDER nämlich zutreffend feststellt, sind Arbeitsbehörden auch Polizeibehörden (76).

Man könnte im Anschluss an das soeben Aufgezeigte mit gutem Grund behaupten, Art. 54 II ArG käme eine den Art. 71 VwVG erweiternde, ihn in zulässiger Weise ergänzende Bedeutung zu, indem er einen schützenswerten Anspruch auf das Eintreten der Aufsichtsbehörde

72) Vielleicht ist ihm z.B. aus Kostenüberlegungen (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Bankenkommision in SJZ 64 (1968) 123 S. 218) oder Publizitätsscheu gerade daran gelegen, keine Parteistellung einnehmen zu müssen, wovon ihn eine Aufsichtsbeschwerde befreien würde (vgl. Art. 71 II VwVG), sondern er möchte ein eigentliches "Offizialverfahren".

73) Vgl. JAGMETTI in HUG N 2 zu Art. 51 ArG.

74) JAGMETTI in HUG N 1 zu Art. 51 ArG. Diese Rechtspflicht zum Vollzug des Arbeitsgesetzes fliesst aus dem Legalitätsprinzip (vgl. hierzu vorne § 15 1.1.; insbesondere die in Ann. 22 daselbst angegebene Literatur).

75) Nach den allgemeinen Grundsätzen der Aufsichtsbeschwerde wäre die Aufsichtsbehörde zu eben dieser Entscheidung nach freiem Ermessen berechtigt.

76) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 3 zu Art. 54 ArG.

§ 23 2.2. / § 24

auf eine Aufsichtsbeschwerde zumindest immer dann begründe, wenn auf das ausgebliebene Verhalten der untergeordneten Instanz ein gesetzlicher Anspruch bestünde. Wenn dem so wäre, würde Art. 54 II ArG von dem Vorbehalt des Art. 4 VwVG (77), auf den Art. 80 lit. c VwVG verweist, Gebrauch machen und wäre demnach noch in Kraft. Ein auf dem polizeilichen Charakter eines Verwaltungserlasses basierender Rechtsanspruch auf Aufsichtsmassnahmen hat aber "mit einer Aufsichtsbeschwerde nichts zu tun" (78).

§ 24 PROZESSMITTEL DER EXTERNEN BUNDESVERWALTUNGSRECHTS-
PFLEGE IN ARBEITSGESETZLICHEN ANGELEGENHEITEN

Das Arbeitsgesetz führt einzig die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (79) an. Das für die justizmässige Bundesverwaltungsrechtspflege heute anwendbare OG kennt darüber hinaus noch die Revision und die Erläuterung (80) (81); zudem sind die Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde im OG enthalten - wenn auch nicht so explizit wie in Art. 70 VwVG.

Die soeben genannten verwaltungsexternen Prozessmittel sind alle-

77) "Bestimmungen des Bundesrechts, die ein Verfahren eingehender regeln, finden Anwendung, soweit sie den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht widersprechen."

78) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 163 a.E. Hieraus erhellt wieder einmal, wie verworren sich die Abgrenzung der Verwaltungsrechtspflege nicht zuletzt wegen einer ungenauen, mehrdeutigen Terminologie darstellt; vgl. zu diesem Problem auch SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht 19.221.

79) In Art. 55 I und 57 I ArG.

80) Vgl. Art. 136 ff. bzw. 145 OG.

81) Ihnen ist der siebente Titel des OG gewidmet. Revision und Erläuterung sind demnach keine verwaltungsrechtspflegespezifischen Prozessmittel.

samt Rechtsmittel i.S. der vorne gemachten Unterscheidung (82). Rechtsbehelfe sind der gerichtlichen Verwaltungsrechtspflege unbekannt, denn Ermessensentscheide eines Gerichts über die Frage, ob auf ein Begehren einzutreten sei oder nicht, würden dem Wesen der Justiztätigkeit widersprechen. Wer die Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation (83) erfüllt, muss vom zuständigen Gericht gehört werden. Im folgenden werden die einzelnen Rechtsmittel der externen Bundesverwaltungsrechtspflege kurz skizziert, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht wird (zusammen mit der Bundesverwaltungsbeschwerde) später eingehender dargestellt werden.

1. Revision

Auch das verwaltungsexterne Rechtsmittel der Revision umfasst eine Nichtigkeitsbeschwerde und eine Wiederaufnahme – entsprechend dem zur Revision als Rechtsmittel der verwaltungsinternen Rechtspflege Gesagten (84). In diesem Zusammenhang genügt eine diesbezügliche Verweisung (85).

Art. 138 OG mit der Marginale "Kantonale Revisionsgründe" bestimmt ausserdem, dass ein schon gegen den mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochtenen kantonalen Entscheid (86) bekannter Revisionsgrund eine bundesrechtliche Revision dann ausschliesse, wenn der

82) Vgl. vorne § 22.

83) Zu diesem Begriff vgl. hinten § 27.

84) Vgl. Art. 136 und 137 OG; zur Revision i.A. von Art. 137 lit. b OG vgl. BGE 107 Ia 187 ff., dessen Grundsätze auch für die Verwaltungsrechtspflege gelten müssen.

85) Vgl. vorne § 23 1.2. Allerdings ist eine Revision von Amtes wegen – wie sie Art. 66 I VwVG in gewissen Fällen vorsieht – im OG nicht erwähnt.

86) Dieser Entscheid muss von der letzten kantonalen Instanz gefällt worden sein (vgl. Art. 98 lit. g OG).

§ 24 1./2.

Beschwerdeentscheid des Bundesgerichts die kantonale Entscheidung bestätigte. Durch diese Vorschrift wird die allgemeingültige Bedingung der vollständigen Ausschöpfung der kantonalen Rechtspflegeverfahren vor der Anrufung einer Bundesinstanz ausgeführt (87).

2. Erläuterung

Die Voraussetzungen eines Erläuterungsbegehrens sind gemäss Art. 145 OG dieselben wie im Bundesverwaltungsverfahrensgesetz (88). Im OG fehlt jedoch eine Art. 69 II VwVG entsprechende Vorschrift, wonach allfällige Rechtsmittelfristen mit der Erläuterung neu zu laufen beginnen. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, gegen einen erläuterten Bundesverwaltungsgerichtsentscheid wäre kein weiteres Rechtsmittel mehr gegeben. Es ist nämlich theoretisch möglich, dass durch die Erläuterung ein Revisionsgrund zu Tage tritt.

87) Art. 138 OG entspricht im übrigen Art. 66 II VwVG; dass Art. 138 OG direkt auf die kantonale Behörde als Vorinstanz verweist, folgt aus der Regel der "Einstufigkeit der bundesrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit" (GYGI, System 211).

88) Vgl. Art. 69 I VwVG; vorne § 23 1.3.

3. Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde

Diese Rechtsmittel sind einzig in Art. 106 II OG erwähnt; für ihre Voraussetzungen gilt das vorne zur internen Bundesverwaltungsrechtspflege bereits Gesagte (89). Entgegen der Ausgestaltung der verwaltungsinternen Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde wird in der externen Verwaltungsrechtspflege das unrechtmässige Verhalten der betreffenden Instanz jedoch nicht bei deren Aufsichtsbehörde gerügt. Lässt sich nämlich eine der in Art. 98 OG genannten Behörden eine Rechtsverweigerung oder -verzögerung zu Schulden kommen, geht die entsprechende Beschwerde direkt an das Bundesgericht (90).

89) Vgl. vorne § 23 1.1.

90) Vgl. zum Ganzen GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 165: "Diesfalls wird es nach einer gesetzlichen Fiktion so gehalten, als ob eine anfechtbare Verfügung vorläge (Art. 97 II OG...)". Zur Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde gegen letzte kantonale Instanzen siehe hinten § 25 7. nach N 137.

§ 25 PROZESSMITTEL DER KANTONALZUERCHERISCHEN VERWALTUNGS- RECHTSPFLEGE IN ARBEITSGESETZLICHEN ANGELEGENHEITEN

Wie schon mehrmals gezeigt worden ist, nutzt der Kanton Zürich die durch den Bundesgesetzgeber den Ständen gewährte Freiheit in der Gestaltung ihrer arbeitsgesetzlichen Rechtspflegeverfahren dahingehend, dass er für die Anfechtung von Verfügungen seiner Arbeitsbehörden lediglich den verwaltungsinternen Rechtsweg mit nur einer Beschwerdeinstanz vorsieht (91); viele Kantone haben andere Regelungen getroffen (92).

Auch in der Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich unterteilt man die Prozessmittel in Rechtsbehelfe und Rechtsmittel (93). Im Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegengesetz) vom 24. Mai 1959 (VRG) ist von den verwaltungsinternen Pro-

-
- 91) Was die Ausschliesslichkeit der verwaltungsinternen Rechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten im Kanton Zürich anbelangt, beachte vorne § 21 2.2. a.E.
- 92) Vgl. hiezu vorne § 21 2. nach N 96. Deshalb erscheint die Aussage REHBINDERs (Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 56 ArG), das dem Verwaltungsprozess vorgeschaltete streitige Verwaltungungsverfahren sei gegenüber Verfügungen der kantonalen Arbeitsbehörden durch Beschwerde bei der diesen Behörden übergeordneten kantonalen Rekursbehörde einzuleiten, als missverständlich und zu absolut: Missverständlich weil durch die Gegenüberstellung der Begriffe "Verwaltungsprozess" und "streitiges Verwaltungungsverfahren" eine Unterscheidung suggeriert wird, die nach allgemein anerkannter Terminologie nicht existiert, ist doch nach dieser das streitige Verwaltungungsverfahren eine Art des Verwaltungsprozesses (vgl. GYG, Bundesverwaltungsrechtspflege 23 a.E.; REHBINDER scheint dagegen unter "Verwaltungsprozess" nur die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu verstehen). Zu absolut weil für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege erstens bekanntermassen einige Kantone einen mehrstufigen Instanzenzug und besonders weil zweitens verschiedene Stände überhaupt kein streitiges Verwaltungungsverfahren (keine verwaltungsinterne Rechtspflege also; vgl. hiezu vorne § 19 nach N 69), das dem "Verwaltungsprozess" vorgeschaltet werden könnte, vorsehen. (Eine Aufzählung solcher Kantone findet sich vorne § 21 Anm. 100.)
- 93) Vgl. hiezu vorne § 22 nach N 12.

zessmitteln aber nur der Rekurs geregelt (94). Im weiteren kennt die zürcherische Verwaltungsrechtspflege folgende Prozessmittel: Einsprache, Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde, Revision, Er-läuterung, Wiedererwägung und Aufsichtsbeschwerde (95).

Inwiefern diese Prozessmittel in der arbeitsgesetzlichen Verwal-tungsrechtspflege des Kantons Zürich zur Anwendung kommen können, soll anschliessend - zusammen mit der Zuordnung der verschiedenen Prozessmittel in die zwei bekannten Hauptgruppen - für jedes gesondert aufgezeigt werden. Dabei ist davon auszugehen, dass "sich das Ver-fahren nach kantonalem Recht richtet" (96), soweit es nicht durch bundesrechtliche Vorschriften, die entweder im Arbeitsgesetz oder VwVG/OG stehen können, beeinflusst wird (97).

1. Rekurs

Dem Rekurs entspricht in der bundesverwaltungsrechtlichen Termi-nologie der Prozessmittel die Verwaltungsbeschwerde (98). Dieser be-grifflichen, rechtlich eher irrelevanten Gleichsetzung folgt die wichti-gere Zuordnung des Rekurses in eine der beiden Kategorien der Pro-

94) Dies in § 19 ff. VRG.

95) Vgl. KOELZ, Kommentar N 3 zu § 20 VRG; für die Rechtsverweige-rungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde vgl. dens., a.a.O. N 80 ff. zu § 20 VRG.

96) Art. 56 II ArG a.E.

97) Dass es solche Vorschriften gibt, wird im folgenden noch verschie-dentlich gezeigt werden. Für das hier zu behandelnde Problem möge der Hinweis genügen, dass Art. 56 I ArG die einzige arbeitsge-setzliche Norm ist, welche auf die kantonalen Prozessmittel Bezug nimmt.

98) Vgl. die vorne § 21 Anm. 99 zitierte Aussage GYGIs.

§ 25 1. /2.

zessmittel: Der Rekurs ist eines der Rechtsmittel des verwaltungsinter-
nen Rechtspflegeverfahrens des Kantons Zürich (99).

2. Einsprache

Obschon die Einsprache im zürcherischen Verwaltungsrechtspflege-
gesetz nicht geregelt ist, gehört sie zu den Rechtsmitteln; sie steht
aber nur dort zur Verfügung, wo sie spezialgesetzlich vorgesehen
ist (100). Deshalb fällt die Einsprache für arbeitsgesetzliche Rechts-
pflegeverfahren im Kanton Zürich ausser Betracht, denn sie wird weder
im Arbeitsgesetz noch in der massgebenden kantonalen Vollziehungsver-
ordnung (101) erwähnt. Vielmehr verweist der letztgenannte Erlass im
Zusammenhang mit der Verwaltungsrechtspflege auf die Art. 55-58 ArG
und bestimmt weiter: "Soweit diese Vorschriften kantonales Recht vorbe-
halten, kommt das kantonale Gesetz über den Rechtsschutz in Verwal-
tungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) zur Anwendung" (102).

99) Vgl. KOELZ, Kommentar N 3 zu § 20 VRG. Schon vor dem Erlass
des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich "galt der
Rekurs als allgemeines Rechtsmittel im Verwaltungsverfahren"
(BOSSHART, Kommentar N 1 zu § 19 VRG); dies aufgrund des durch
§ 97 VRG aufgehobenen § 46 EG ZGB.

100) Vgl. KOELZ, Kommentar N 3, 5 und 34 f. zu § 20 VRG; vorne §
22 nach N 14. Beachte auch die Feststellung in Anm. 109 hienach.

101) ArGVVO; für den vollen Titel siehe vorne § 20 nach N 50.

102) § 16 ArGVVO. Damit ist der Kreis geschlossen.

3. Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde

Diese Prozessmittel werden wie im Bundesrecht (103) als Rechtsmittel qualifiziert, denn sie sind "als besondere Formen des Rekurses anzusehen" (104). Ein dem Einspracheverfahren entsprechender Vorbehalt spezialgesetzlicher Normierung ist nicht gegeben. Deshalb kann man sich mit diesen Rechtsmittel gegen trölerische oder den Erlass einer Verfügung verweigernde Arbeitsbehörden zur Wehr setzen.

Die jeweilige Beschwerde ist an die zuständige Aufsichtsbehörde zu richten (105). Diese ist im arbeitsgesetzlichen Vollzug des Kantons Zürich mit der Rekursbehörde - dem Regierungsrat. - identisch, denn bei letzterer "handelt es sich regelmässig um diejenige Behörde, welche die Dienstaufsicht über die untere ausübt" (106). Bezüglich der Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde erfolgreich sein kann, sei auf das zu den entsprechenden bundesrechtlichen Rechtsmitteln bereits Gesagte verwiesen (107).

103) Vgl. vorne § 23 1.1. und § 24 3.

104) KOELZ, Kommentar N 81 zu § 20 VRG. Die Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde sind allerdings im VRG nicht erwähnt.

105) Vgl. KOELZ, Kommentar N 83 zu § 20 VRG.

106) KOELZ, Kommentar N 56 zu § 19 VRG. Vgl. zum Ganzen vorne § 21 2.1., insbesondere nach N 103 daselbst. Besondere Aufmerksamkeit wird noch der Frage zu widmen sein, welche Behörde für die Behandlung von Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerden gegen die letzte kantonale Instanz zuständig sei (vgl. hierzu Ziff. 7 nach N 137 hienach).

107) Vgl. vorne § 23 1.1. und § 24 3.; KOELZ, Kommentar N 80 zu § 20 VRG. Beachte aber auch, dass die Zulässigkeit von Rechtsverzögerungsbeschwerden im Kanton Zürich noch umstritten zu sein scheint (vgl. dens., a.a.O. N 81 zu § 20 VRG).

4. Revision

Das zürcherische Verwaltungsrechtspflegegesetz sieht die Revision lediglich gegen Entscheide des Verwaltungsgerichts vor (108). "Verwaltungsgericht und Verwaltungsbehörden anerkennen aber in ständiger Praxis ein formelles Recht des Verfügungsadressaten auf Revision auch im Verwaltungsverfahren ... Die Revision ist daher trotz fehlender gesetzlicher Grundlage ein Rechtsmittel" (109). Dies gilt auch für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege.

Auf das verwaltungsinterne Revisionsverfahren werden heute die Vorschriften des verwaltungsgerichtlichen Prozederes sinngemäss angewendet (110), nachdem vor Erlass des Verwaltungsrechtspflegegesetzes die Normen der Zivilprozessordnung per analogiam massgebend waren (111). Weigert sich die angerufene Arbeitsbehörde zu Unrecht auf das Revisionsbegehren einzutreten und ihre Verfügung zu überprüfen (112), muss der Rechtsmittelkläger wohl auf die vorher beschriebene Rechtsverweigerungsbeschwerde zurückgreifen, denn "Revision bedeutet Recht auf Neuüberprüfung einer formell rechtskräftigen Verfügung oder Entscheidung auf Grund eines geschlossenen ... Kataloges

108) Vgl. § 67 ff. VRG.

109) KOELZ, Kommentar N 59 zu § 20 VRG. Mit dieser Aussage steht KOELZ in Widerspruch zu seinen an anderer Stelle festgelegten Qualifikationsmerkmalen für die Unterscheidung Rechtsmittel - Rechtsbehelf (vgl. dens., a.a.O. N 2 zu § 20 VRG; zitiert Anm. 13 hievor).

110) Vgl. BOSSHART, Kommentar N 1 zu § 67 VRG; KOELZ, Kommentar N 59 zu § 20 VRG.

111) Vgl. BOSSHART, Kommentar N 2 der Vorbemerkungen vor § 4 VRG.

112) "Das Revisionsgesuch ist als nicht devolutives Rechtsmittel an diejenige Instanz zu richten, welche den zu revidierenden Entscheid gesetzt hat" (KOELZ, Kommentar N 59 zu § 20 VRG).

von Gründen" (113). Dieses Recht auf Neuüberprüfung hat der Betroffene aber nur, wenn ihm kein anderes Prozessmittel zur Verfügung steht; "die Revision ist subsidiärer Natur" (114).

5. Erläuterung

Was dieses kantonalrechtliche Prozessmittel anbelangt, kann auf das zur Erläuterung in der Bundesverwaltungsrechtspflege Gesagte verwiesen werden (115). Obwohl der Kommentar von KOELZ zum VRG (116) keine eindeutige Qualifikation vornimmt, sondern der Erläuterung nur "einen besonderen Charakter" (117) nachsagt, muss sie auch für die Zürcher Verwaltungsrechtspflege zu den Rechtsmitteln gezählt werden.

113) KOELZ, Kommentar N 59 zu § 20 VRG. Weiter hinten vertritt er jedoch die Ansicht, das Verwaltungsgericht sei – seine sachliche Zuständigkeit vorausgesetzt – für die Aufhebung des Nichteintretensentscheides zuständig, ohne das hierfür zu gebrauchende Prozessmittel zu nennen (vgl. dens., a.a.O. N 60 zu § 20 VRG). Da jedoch nach KOELZ "das Verwaltungsgericht wegen Rechtsverweigerung ... nicht angerufen werden kann" (a.a.O. N 83 zu § 20 VRG), würde dieses Rechtsmittel für ihn ausser Betracht fallen.

114) Kommentar N 61 zu § 20 VRG.

115) Vgl. vorne § 23 1.3. und § 24 2.

116) Vgl. KOELZ, Kommentar N 85 ff. zu § 20 VRG.

117) KOELZ, Kommentar N 3 zu § 20 VRG a.E.

6. Wiedererwägung

Unter Wiedererwägung i.S. eines Prozessmittels ist das während laufender Rekursfrist an die verfügende Verwaltungsbehörde gerichtete Gesuch um Aenderung ihrer Verfügung zu verstehen (118). Sie ist ein Rechtsbehelf, denn "im allgemeinen besteht kein Rechtsanspruch auf Wiedererwägung eines Verwaltungsaktes" (119). Die Wiedererwägung ist nun aber einer der Rechtsbehelfe, die "in der Praxis derart formalisiert (wurden), dass (ihnen) zumindest eine rechtsmittelähnliche Wirkung zukommt" (120). Deshalb ist gemäss zürcherischer Praxis die angerufene Verwaltungsbehörde, obschon sie zur Behandlung des Wiedererwägungsgesuches nicht verpflichtet ist, gehalten, ihren allfälligen Nichteintretensentscheid dem Betroffenen mit kurzer Begründung mitzuteilen (121).

118) Vgl. KOELZ, Kommentar N 44 zu § 20 VRG. Dies "ist die eigentliche Wiedererwägung (; sie) wird auch als ... 'Gegenvorschlag' ... bezeichnet" (ders., a.a.O. N 44 zu § 20 VRG; vgl. auch GYGI, System 197).

119) BOSSHART, Kommentar N 2 der Vorbemerkungen vor § 4 VRG; vgl. auch KOELZ, Kommentar N 45 zu § 20 VRG. Beachte § 22 des thurgauischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Februar 1981: "Wiedererwägungsgesuche sind zulässig. Sie begründen jedoch keinen Anspruch auf Eintreten...".

120) KOELZ, Kommentar N 2 zu § 20 VRG; vgl. Anm. 16 hievor.

121) Vgl. KOELZ, Kommentar N 45 zu § 20 VRG.

7. Aufsichtsbeschwerde

Wie die Wiedererwägung "hat sich die Aufsichtsbeschwerde von ihrem ursprünglich formlosen Charakter bis zu einem gewissen Grad gelöst" (122). Trotzdem wird auch sie als Rechtsbehelf qualifiziert (123). Zuständig für die Behandlung von Aufsichtsbeschwerden ist grundsätzlich die der mit dem Vollzug eines Gesetzes betrauten Behörde hierarchisch übergeordnete Instanz der Exekutive. Im Bereich des Arbeitsgesetzes ist demnach im Kanton Zürich der Regierungsrat mit der Bearbeitung von Aufsichtsbeschwerden gegen die Direktionen der Volkswirtschaft und der Finanzen, die bekanntlich beide das Arbeitsgesetz und seine Verordnungen zu vollziehen haben, betraut. Der Zürcher Regierungsrat ist also sowohl Aufsichtsbeschwerde- als auch Rekursinstanz in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten (124).

"Die Aufsichtsbeschwerde verlangt keine besonderen persönlichen Eigenschaften des Beschwerdeführers; insbesondere bedarf er keiner direkten Beziehung zum Gegenstand der Aufsichtsbeschwerde. So gesehen erscheint die Aufsichtsbeschwerde als eine Art Popularklage" (125). M.a.W. kann jedermann, auch ohne von der entsprechenden arbeitsgesetzlichen Verfügung betroffen zu sein, an die Aufsichtsbehörde gelangen; dafür aber kommt ihm im Beschwerdeverfahren - wie in der bundesverwaltungsrechtlichen Aufsichtsbeschwerde (126) - keine Partei-

122) KOELZ, Kommentar N 64 zu § 20 VRG.

123) Vgl. KOELZ, Kommentar N 63 zu § 20 VRG.

124) Vgl. hiezu vorne § 21 2.1. Die angezeigte Identität ist nicht ohne Bedeutung, lässt sich doch ihretwegen jeder Rekurs mit einer Aufsichtsbeschwerde verbinden (vgl. KOELZ, Kommentar N 66 zu § 20 VRG).

125) KOELZ, Kommentar N 67 zu § 20 VRG. Wohl nicht zuletzt deshalb "hat die Aufsichtsbeschwerde in der Praxis eine ausserordentlich grosse Bedeutung" (ders., a.a.O. N 63 zu § 20 VRG a.E.).

126) Vgl. hiezu vorne § 23 2.2. vor N 55 sowie die entsprechende Anmerkung daselbst; vgl. auch BGE 102 Ib 84 Erw. 3.

§ 25 7.

stellung zu. Trotzdem "hat der Aufsichtsbeschwerdeführer nach neuerer Praxis Anspruch auf einen Bescheid" (127).

Auch in der zürcherischen Verwaltungsrechtspflege ist der Erfolg einer Aufsichtsbeschwerde in erster Linie davon abhängig, ob "die angegangene Behörde bei Kenntnis der Sachlage auch von sich aus hätte einschreiten müssen" (128). Dagegen bedarf es im Kanton Zürich keines Umweges über den polizeilichen Charakter des Arbeitsgesetzes (129), um eine allgemeine Eintretenspflicht der angerufenen Aufsichtsbehörde statuieren zu können. In Zürich "werden (nämlich) in der Praxis sämtliche Aufsichtsbeschwerden behandelt. Sofern eine Aufsichtsbeschwerde nicht von vorneherein als offensichtlich aussichtslos oder querulatorisch erscheint, wird regelmässig ein Schriftenwechsel durchgeführt" (130).

Erlässt der Regierungsrat als arbeitsgesetzliche Behörde eine Verfügung oder bestätigt er diejenige der seiner Aufsicht unterstellten Arbeitsbehörde, so gestaltet sich der Rechtsweg für die Betroffenen grundsätzlich gleich, wie wenn diese Verfügung ein regierungsrätlicher Rekursentscheid wäre (131). Auch der Aufsichtsbeschwerdeführer kann zum Weiterzug einer solchen Verfügung berechtigt sein. "Seine Be-

127) KOELZ, Kommentar N 65 zu § 20 VRG. Das heisst aber nicht, dass er innerhalb des Verfahrens grundsätzlich angehört werden muss; dieser Anspruch steht ihm nur dann zu, wenn er direkt Betroffener ist (vgl. hiezu dens., a.a.O. N 65 zu § 20 VRG).

128) KOELZ, Kommentar N 68 zu § 20 VRG; zur bundesrechtlichen Regelung siehe vorne § 23 2.2. nach N 52.

129) Vgl. aber vorne § 23 2.2. nach N 64.

130) KOELZ, Kommentar N 64 zu § 20 VRG. "Weil die Aufsichtsbeschwerde kein förmliches Rechtsmittel ist und deshalb keine förmlichen Prozessvoraussetzungen zu beachten sind ... ist ein Nichteintreten auf (sie) begrifflich ausgeschlossen" (ders., a.a.O. N 76 zu § 20 VRG). Früher lag es jedoch auch im Kanton Zürich im freien Ermessen der angerufenen Aufsichtsbehörde, auf die Aufsichtsbeschwerde einzutreten oder nicht (vgl. BOSSHART, Kommentar N 2 der Vorbemerkungen vor § 4 VRG a.E.; ZR 60 (1961) Nr. 103 Erw. 3 S. 241).

131) Vgl. hiezu vorne § 21 2.2.

schwerdebefugnis ergibt sich aber nicht schon daraus, dass er eine Aufsichtsbeschwerde eingereicht hat..." (132).

Falls auch der Regierungsrat seine Amtspflicht als arbeitsgesetzliche Aufsichtsbehörde verletzt – sei es durch Abweisung der Aufsichtsbeschwerde und Bestätigung der erstinstanzlichen oder durch Erlass einer eigenen, selbst aber wieder ungenügenden Verfügung – ist keine ihm übergeordnete Verwaltungsbehörde mehr gegeben, an welche man mit einer Aufsichtsbeschwerde gelangen könnte. Hier greift Art. 31 Ziff. 4 I KV ein, der dem Kantonsrat die Aufsicht über den Regierungsrat zuweist. Da jedoch der Legislative aufgrund des Verfassungsprinzips der Gewaltentrennung "die materielle Einflussnahme auf die Rechtsprechung versagt ist" (133), könnte der Kantonsrat mit Aufsichtsbeschwerde nur wegen Rechtsverweigerung oder –verzögerung des Regierungsrates angerufen werden (134). Dadurch wird die Aufsichtsbeschwerde jedoch nicht zur Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde, obschon für die letztgenannten Rechtsmittel gemäss Art. 31 Ziff. 4 I KV auch der Kantonsrat die zuständige Beschwerdeinstanz wäre (135).

Die Unterscheidung zwischen Aufsichtsbeschwerde wegen Rechtsverweigerung oder –verzögerung einerseits und Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde andererseits ist in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich letztlich bezüglich der Beschwerdelegitimation relevant; an die Berechtigung eines Aufsichtsbeschwerdeführers werden nämlich – wenn überhaupt – bedeutend gerin-

132) BGE 102 Ib 84/85 Erw. 3. Er muss vielmehr die normalen Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation erfüllen (vgl. hiezu hinten § 27).

133) KOELZ, Kommentar N 78 zu § 20 VRG. Beachte aber hinten § 27 Anm. 70.

134) Vgl. KOELZ, Kommentar N 78 zu § 20 VRG.

135) Wie in Ziff. 3 vor N 105 hievon gezeigt worden ist, muss man mit einer Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde grundsätzlich an die zuständige Aufsichtsbehörde gelangen.

§ 25 7.

gere Bedingungen geknüpft als an diejenige des Rechtsmittelklägers (136). Im weiteren ist besagte Unterscheidung für die Stellung des Beschwerdeführers im Verfahren von Bedeutung (137).

An dieser Stelle drängt sich die weiter vorne (138) bereits einmal gestellte Frage, wer denn nun wirklich für die Behandlung von Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerden gegen den Zürcher Regierungsrat zuständig sei, zur Beantwortung auf. Gemäss der aufgezeigten kantonalen verfassungsmässigen Kompetenzordnung ist es der Kantonsrat, womit man allerdings in den faktisch wirkungslosen Bereich der parlamentarischen Verwaltungskontrolle abrutschen würde (139). Durch Art. 31 Ziff. 4 I KV kann aber der Kantonsrat nicht zur letzten kantonalen Instanz i.S. von Art. 98 lit. g OG werden, obschon den Kantonen – wie schon mehrmals betont worden ist – die Gestaltung ihres Rechtspflegeverfahrens in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten freigestellt ist. Diese bundesrechtliche Freizügigkeit umfasst aber nur den Bereich des ein- oder mehrstufigen Verwaltungsrechtspflegeverfahrens vor Exekutiv- und/oder Justizbehörden; Legislativbehörden kommen normalerweise als Rechtspflegeinstanzen in Bundesverwaltungssachen nicht

136) Vgl. die Verweisungen in Ziff. 3 vor N 107 sowie die entsprechende Anmerkung hievor und das nach N 124 hievor Gesagte; zur Beschwerdelegitimation siehe hinten § 27. Ein weiterer wichtiger Unterschied wäre dann gegeben, wenn es der letzten kantonalen Aufsichtsbehörde freigestellt wäre, auf den Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde einzutreten oder nicht; dann nämlich wäre der Aufsichtsbeschwerdeführer gegenüber dem Rechtsmittelkläger benachteiligt. Dies mag in anderen Kantonen so sein; in Zürich hingegen spielt diese Frage wegen der durch die Praxis entwickelten allgemeinen Eintretenspflicht der Aufsichtsbehörden (vgl. vor N 130 hievor) keine Rolle.

137) Nur dem an sich unbetroffenen Aufsichtsbeschwerdeführer kommen keine Parteirechte zu (vgl. nach N 125 hievor); der Rechtsmittelkläger dagegen kann sie in vollem Umfang beanspruchen.

138) Vgl. Anm. 106 hievor.

139) Vgl. hiezu vorne § 19 bei N 75.

in Betracht (140). Mithin kann auch Art. 31 Ziff. 4 I KV nichts daran ändern, dass in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich der Regierungsrat letzte kantonale Instanz i.S. von Art. 98 lit. g OG ist (141).

Da jedoch gemäss Art. 97 II OG "auch das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung als Verfügung gilt" und da i.A. von Art. 98 lit. g OG "die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ... zulässig ist gegen Verfügungen letzter kantonalen Instanzen...", muss das Bundesverwaltungsgericht für die Behandlung von Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerden gegen den Zürcher Regierungsrat als arbeitsgesetzliche Rechtspflegeinstanz grundsätzlich zuständig sein (142). Damit fällt jedoch die von KOELZ als Prozessmittel gegen die Verletzung von Art. 4 BV (143) durch Rechtsverweigerung oder -verzögerung einer letzten kantonalen Instanz angebotene staatsrechtliche Beschwerde (144) aufgrund ihrer Subsidiarität (vgl. Art. 84 II OG) ausser Betracht: "In Bundesverwaltungssachen, die von den Kantonen besorgt werden, sind im allgemeinen Verfassungsverletzungen vermittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu rügen. Die staatsrechtliche Beschwerde wird somit durch die verwaltungsgerichtliche Beschwerde gegen kantonale Verfügungen und Entscheide in Bundesverwaltungs-

140) Vgl. hierzu insbesondere GYGI, System 211 Ziff. 5.2.; a.A. ist SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht 9.261. Beachte aber Art. 85 Ziff. 12 BV und Art. 79 VwVG.

141) Vgl. vorne § 21 2.2., insbesondere Anm. 106 daselbst.

142) Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur dann gegeben, wenn das Bundesgericht aufgrund des Ausnahmenkataloges der Art. 99-102 OG auch gegen die verweigerte oder verzögerte Verfügung nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angerufen werden könnte. Dann aber wäre eine der in Art. 47 I VwVG genannten Bundesbehörden - entsprechend ihrer Kompetenzen zur Behandlung von Verwaltungsbeschwerden gegen Verfügungen, die nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde am Bundesgericht gerügt werden können - für die Behandlung der diesbezüglichen Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerden zuständig.

143) Vgl. Anm. 26 hievor.

144) Vgl. KOELZ, Kommentar N 83 zu § 20 VRG.

§ 25 7./§ 26.

sachen verdrängt. Sie kommt indessen - sofern die übrigen besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen - dann fernerhin in Frage, wenn die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach dem Ausnahmekatalog (Art. 99-102 OG) ausgeschlossen und auch keine Verwaltungsbeschwerde an eine andere Bundesbehörde zugelassen ist" (145).

Zu beachten bleibt ferner, dass bei Rechtsverweigerungen oder -verzögerungen einer kantonalen Verwaltungsbehörde i.A. von § 90 lit. c 2. Teil VRG immer der Ombudsmann angerufen werden kann.

§ 26 RECHTSMITTEL DER ARBEITSGESETZLICHEN VERWALTUNGS- RECHTSPFLEGE IM VERGLEICH

Für die Verwaltungsrechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten sowohl vor kantonalen als auch eidgenössischen Rechtspflegeinstanzen von vordringlicher Bedeutung sind die Rechtsmittel, denn nur sie sind dem Rechtsuchenden eine echte Waffe im Kampf gegen Unzulänglichkeit und Willkür von Arbeitsbehörden oder arbeitsgesetzlichen Rechtspflegeinstanzen. Auch die vorne bereits erwähnten und im folgenden vorzunehmenden Unterscheidungen in ordentliche und ausserordentliche, vollständige und unvollständige Prozessmittel sowie solche mit oder ohne Suspensiveffekt (146) werden nur bei Rechtsmitteln getroffen. Die Rechtsbehelfe der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege werden deshalb fortan vernachlässigt.

145) GYGI, System 202.

146) Vgl. vorne die Einleitung vor § 22; andere Unterscheidungen haben keine für das Verwaltungsrechtspflegeverfahren spezifischen Merkmale und werden deshalb übergangen.

1. Ordentliche und ausserordentliche Rechtsmittel

Bei dieser Gegenüberstellung "geht es um die wichtigste Unterscheidung innerhalb der Rechtsmittel der Verwaltungsrechtspflege" (147). Die ordentlichen Rechtsmittel der arbeitsgesetzlichen Bundesverwaltungsrechtspflege sind die Verwaltungs- und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde (148); ordentliches Rechtsmittel der zürcherischen Verwaltungsrechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten ist der Rekurs (149) (150). "Ordentliche Rechtsmittel hemmen analog dem Zivilprozessrecht den Eintritt der formellen Rechtskraft" (151) einer Verfügung. Damit ist jedoch – entgegen der zivilprozessualen Ordnung – noch nichts über die Vollstreckbarkeit einer formell nicht rechtskräftigen Verfügung gesagt; dies ist eine Frage des Suspensiveffekts der verwaltungsprozessualen Rechtsmittel (152).

Die ausserordentlichen Rechtsmittel richten sich "gegen formell rechtskräftige Verfügungen ... (und) bezwecken, die formelle Rechtskraft (Unanfechtbarkeit) zu beseitigen und damit zu erlauben, dass über die Sache neu entschieden werden kann" (153). Zu den ausserordentlichen Rechtsmitteln der Bundesverwaltungsrechtspflege und derjenigen des Kantons Zürich in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten ge-

147) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 167.

148) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 167, 173.

149) Vgl. KOELZ, Kommentar N 5 zu § 20 VRG.

150) Die Einsprache als weiteres ordentliches Rechtsmittel in Bund (vgl. SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht 19.23; beachte aber auch Anm. 23 hievon, wo die gegenteilige Ansicht GYGIs dargelegt worden ist) und Kanton Zürich (vgl. KOELZ, Kommentar N 5 zu § 20 VRG) hat in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege dagegen keinen Platz gefunden (vgl. hiezu vorne § 23 1. bei N 23; § 25 2.).

151) KOELZ, Kommentar N 4 zu § 20 VRG. Vgl. hiezu auch GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 173; SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht 19.23.

152) Vgl. hiezu Ziff. 3. hienach.

153) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 168.

§ 26 1.

hören die Revision und die Erläuterung (154). Die Qualifikation der Erläuterung als ausserordentliches Rechtsmittel basiert aber wohl eher auf rein dogmatischen Ueberlegungen denn auf tatsächlichen Gegebenheiten, dient sie alleine doch gerade nicht der Aufhebung und Neuentscheidung des zu erläuternden Entscheides (155). Ausserdem ist nicht einzusehen, warum sich ein Erläuterungsbegehren erst gegen einen formell rechtskräftigen Entscheid sollte richten können (156).

Schwierigkeiten bereitet auch die Zuordnung der Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde in eine der hier zur Diskussion stehenden Rechtsmittelkategorien. Würde man auf das Kriterium der Anfechtungsfrist, die den Eintritt der formellen Rechtskraft einer Verfügung bestimmt (157), abstellen, müsste man die genannten Rechtsmittel wohl zu den ausserordentlichen zählen, denn sie unterliegen von Gesetzes wegen keiner solchen Frist (158). Andererseits würde infolge der gerügten Rechtsverweigerung oder -verzögerung eine formell rechtskräftige Verfügung überhaupt fehlen. Das aufgezeigte Einteilungsproblem kann jedoch aufgrund der geringen praktischen Bedeutung dieser Rechtsmittel (159) unbeantwortet bleiben.

154) Soweit man – wie z.B. SALADIN (Verwaltungsverfahrensrecht 19.23) oder FLEINER-GERSTER (Grundzüge § 24 N 89) – die Wiedererwägung der Revision gleichsetzen will, käme auch erstere als ausserordentliches Rechtsmittel der (internen) arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege in Frage (vgl. vorne § 23 2.1.); weniger weit geht diesbezüglich die kantonalzürcherische Praxis (vgl. vorne § 25 6.).

155) Vgl. hiezu vorne: § 23 1.3.; § 24 2.; § 25 5.

156) Obwohl nur dies dem allgemein bekannten Grundsatz der Subsidiarität der ausserordentlichen Rechtsmittel entsprechen würde. Andererseits könnte die Erläuterung eines unklaren Entscheides innerhalb der Anfechtungsfrist den Betroffenen – und damit auch die zuständige Behörde – vor der Ergreifung eines aussichtslosen Prozessmittels bewahren.

157) Vgl. hiezu hinten § 29 1.1. nach N 22 und 1.2. nach N 37.

158) Vgl. Art. 70 I VwVG; Art. 106 II OG.

159) Vgl. vorne § 23 1.1. bei N 29.

Die Unterscheidung zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln ist - wie anfangs gesagt - deshalb von überragender Bedeutung, weil nur die "ordentlichen Rechtsmittel ... eine Streitsache durch den Instanzenzug hindurchführen" (160).

2. Vollständige und unvollständige Rechtsmittel (161)

Diese Gegenüberstellung unterscheidet die ordentlichen Rechtsmittel nach den möglichen Beschwerdegründen oder - von der Rechtsmittelinstanz aus betrachtet - nach dem Umfang der Ueberprüfungsmöglichkeit der angefochtenen Verfügung. M.a.W. beschlägt sie die unterschiedliche Kognition der verschiedenen Rechtsmittelinstanzen. Grundsätzlich ist diese "Prüfungszuständigkeit ... der Haupt Gesichtspunkt der Bewertung eines Rechtsmittels. Für die Verwaltungsrechtspflege kommt jedoch noch der Grad der Verwaltungsunabhängigkeit der Rechtsmittelinstanz hinzu" (162). Im Endeffekt besteht also ein Zusammenhang zwischen der Unterscheidung in vollständige und unvollständige Rechtsmittel einerseits und der für die Verwaltungsrechtspflege charakteristischen Trennung in verwaltungsinterne und -externe Rechtspflegeverfahren (163) andererseits. Deshalb ist nach Ansicht SALADINs ein vollständiges Rechtsmittel dasjenige, "welches bei einer vollständig unabhängigen Rechtsmittelinstanz mit umfassender Prüfungszuständigkeit eingelegt ..." (164) werden kann.

160) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 67; diesem Prinzip entspricht die in Anm. 156 hievor erwähnte Subsidiarität der ausserordentlichen Rechtsmittel.

161) GYGI (Bundesverwaltungsrechtspflege 168) verwendet das Begriffs-paar "vollwertige und begrenzte" Rechtsmittel; KOELZ (Kommentar N 6 zu § 20 VRG) und SALADIN (Verwaltungsverfahrenrecht 19.23) sprechen von "vollkommenen und unvollkommenen" Rechtsmitteln.

162) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 168.

163) Vgl. hiezu vorne § 19 nach N 68.

164) SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht 19.23.

§ 26 2.

Bezüglich des Prüfungsumfangs geht in der Bundesverwaltungsrechtspflege die Verwaltungsbeschwerde (vgl. Art. 49 VwVG) am weitesten, da sie "eine Ueberprüfung der angefochtenen Verfügung nach allen Richtungen - Rechts-, Tatbestands-, Beweis- und Ermessensfragen - zulässt" (165). Die einzige - für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege aber bedeutungsvolle - Einschränkung der Kognition besteht bezüglich der Unangemessenheitsrüge: Diese "ist unzulässig, wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat" (166). Für die kantonalzürcherische Verwaltungsrechtspflege bestimmt § 20 I VRG, dass mit dem Rekurs alle Mängel des Verfahrens und der angefochtenen Anordnung geltend gemacht werden könnten (167). Der Nachteil von Verwaltungsbeschwerde und Rekurs liegt einzig darin, dass sie von Verwaltungsbehörden und nicht von unabhängigen Rechtspflegeinstanzen beurteilt werden.

Demgegenüber muss sich der Rechtsuchende im Verfahren der justizmässigen Bundesverwaltungsrechtspflege grundsätzlich mit der Ueberprüfung der angefochtenen Verfügung in bezug auf Rechtsfragen begnügen. Der Ausschluss der Angemessenheits- und Zweckmässigkeitsprüfung bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist der Preis, der für die richterliche Unabhängigkeit zu zahlen ist. "Es verdient aber immerhin vermerkt zu werden, dass dem Verwaltungsgericht jedenfalls die Korrektur von Rechtsfehlern der Ermessensausübung (i.A. von Art. 104 lit. a OG) zusteht" (168).

165) GYGI, System 198; deshalb wird die Verwaltungsbeschwerde auch als umfassendes Rechtsmittel bezeichnet (vgl. dens., Bundesverwaltungsrechtspflege 168).

166) Art. 49 lit. c VwVG.

167) Beachte die Zusammenstellung der einzelnen Beschwerdegründe bei KOELZ, Kommentar N 10 zu § 20 VRG.

168) GYGI, System 199. Die Möglichkeit der verwaltungsgerichtlichen Ueberprüfung einer angefochtenen Verfügung bezüglich ihrer Angemessenheit ist zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen; eine den entsprechenden Vorbehalt spezialgesetzlicher Zulassung i.S. von Art. 104 lit. c Ziff. 3 OG nutzende Vorschrift fehlt jedoch im Arbeitsgesetz.

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts wäre darüber hinaus noch eingeschränkter, "wenn Rekurskommissionen oder kantonale Gerichte als Vorinstanzen entscheiden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften festgestellt haben" (169). Dies mag für die arbeitsgesetzliche Rechtspflege in anderen Kantonen von praktischer Bedeutung sein; in Zürich jedenfalls entscheidet weder eine Rekurskommission noch ein kantonales Gericht über arbeitsgesetzliche Streitigkeiten (170).

3. Rechtsmittel mit oder ohne Suspensiv-effekt

Wie weiter vorne schon erwähnt worden ist, beurteilt sich zumindest in der Bundesverwaltungsrechtspflege die Frage nach der Vollstreckbarkeit einer Verfügung nicht nach dem Eintritt der formellen Rechtskraft, sondern danach, ob einem gegen sie ergriffenen Rechtsmittel Suspensiv-effekt zukommt oder nicht (171). Diesbezüglich bestimmt Art. 58 II ArG, dass Beschwerden gemäss Art. 55 I und Art. 57 I ArG aufschiebende Wirkung haben.

Die arbeitsgesetzliche Regelung des Suspensiv-effekts der Prozessmittel hatte sich demnach von Anfang an auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde i.S. von Art. 55 I und 57 I ArG beschränkt; weder die in

169) Art. 105 II OG.

170) Vgl. vorne § 21 2.

171) Vgl. Ziff. 1 nach N 151 hievon. Der Suspensiv-effekt ist also mit dem Rechtsmittel verknüpft und nicht - wie man einer Formulierung FLEINER-GERSTERS (Grundzüge § 25 N 3: "Eine mangelhafte Verfügung kann ... vollstreckt werden, wenn ihr die aufschiebende Wirkung entzogen wird ...") entnehmen könnte - mit der angefochtenen Verfügung. Entzogen wird der Suspensiv-effekt nicht der Verfügung, sondern dem Rechtsmittel allenfalls in der mangelhaften Verfügung (vgl. hiezu das nach N 181 hienach Gesagte). Zum Suspensiv-effekt allgemein vgl. Gerold ZOLLIKOFER, Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsrechtspflegeverfahren des Bundes und des Kantons Aargau (Diss. Zürich 1981).

§ 26 3.

Art. 55 II und 57 II ArG vorgesehene Verwaltungsbeschwerde noch das in Art. 56 I ArG vorgeschriebene kantonale Rechtsmittel gegen arbeitsgesetzliche Verfügungen ist durch Art. 58 II ArG gedeckt.

Für die Verwaltungsbeschwerde bestimmt Art. 55 I VwVG den Suspensiveffekt als Grundsatz; dieser kann jedoch gemäss Art. 55 II VwVG sowohl durch die verfügende als auch durch die Beschwerdeinstanz entzogen werden, wenn sich die Verwaltungsbeschwerde gegen eine Verfügung richtet, die etwas anderes als eine Geldleistung zum Gegenstand hat.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht hat nach Art. 111 I OG grundsätzlich nur dann aufschiebende Wirkung, wenn die angefochtene Verfügung den Rechtsmittelkläger zu einer Geldleistung verpflichtet; gegen andere Verfügungen kann diesem Rechtsmittel gemäss Art. 111 II 1. Halbsatz OG im Einzelfall durch den Präsidenten der urteilenden Bundesgerichtsabteilung von Amtes wegen oder auf Parteibegehren hin Suspensiveffekt erteilt werden. Der zweite Halbsatz von Art. 111 II OG behält jedoch - was solche andere Verfügungen anbelangt - "abweichende Bestimmungen des Bundesrechts" vor. Dieser Vorbehalt ist durch Art. 58 II ArG genutzt, womit feststeht, dass zumindest die Verwaltungsgerichtsbeschwerden nach Art. 55 I und 57 I ArG aufschiebende Wirkung haben. Die angefochtenen arbeitsgesetzlichen Verfügungen können demnach vor Erledigung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht vollstreckt werden.

Nach der einschränkenden Formulierung von Art. 58 II ArG wären andere als die gemäss Art. 55 I und 57 I ArG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht anfechtbaren Verfügungen der allgemeinen Regelung von Art. 111 OG unterstellt; m.a.W. käme den Beschwerden gegen andere Verfügungen nur dann aufschiebende Wirkung zu, wenn sie den Betroffenen "zu einer Geldleistung verpflichten" (172) oder

172) Art. 111 I OG.

"wenn der Präsident der urteilenden Abteilung sie von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei verfügt" (173).

Diese wortgetreue Auslegung von Art. 58 II ArG, die z.B. von JAGMETTI vertreten wird (174), lässt jedoch nach Ansicht REHBINDERS die ratio legis unberücksichtigt, indem übersehen wird, dass erst durch die Revision des OG andere als die in Art. 55 I und 57 I ArG genannten arbeitsgesetzlichen Verfügungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zugänglich wurden (175).

Unter der Annahme, die von JAGMETTI verfochtene restriktive Lösung sei die richtige, müsste man sich aber noch mit den voneinander abweichenden Umschreibungen der Geldleistungsverfügung in Art. 111 I OG und Art. 55 II VwVG befassen. "Die unterschiedlichen Formulierungen (bezüglich der Geldleistung) bedeuten das gleiche. Massgebend ist die Fassung des Organisationsgesetzes. Sie ist dahin zu verstehen, dass die Verfügung den Verfügungsadressaten zu einer Geldleistung verpflichten soll ..., (damit) die aufschiebende Wirkung unabdingbar gegeben ist" (176).

Die ausserordentlichen Rechtsmittel der arbeitsgesetzlichen Bundesverwaltungsrechtspflege (177) haben keinen Suspensiveffekt. Dies ist ohne weiteres verständlich, wenn man bedenkt, dass sie sich nur gegen formell rechtskräftige Entscheide, die u.U. schon längst vollstreckt worden sind, richten können (178). Für den Fall, dass ein an sich vollstreckbarer Rechtsmittelentscheid noch nicht durchgesetzt worden ist, bestimmt Art. 142 OG immerhin, dass das Bundesgericht oder der Präsident - gegebenenfalls gegen Sicherheitsleistung - den Vollzug des

173) Art. 111 II 1. Halbsatz OG.

174) Vgl. JAGMETTI in HUG N 6 zu Art. 58 ArG.

175) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 58 ArG. Er verfährt den Suspensiveffekt für alle Verwaltungsgerichtsbeschwerden an das Bundesgericht gegen arbeitsgesetzliche Verfügungen.

176) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 177.

177) Revision und Erläuterung; vgl. Ziff. 1. nach N 153 hievor.

178) Vgl. Ziff. 1. nach N 151 hievor.

§ 26 3.

angefochtenen Entscheides während des (Revisions)Verfahrens aufschieben und weitere vorsorgliche Verfügungen treffen könne. Eine solche Vollzugssistierung darf aber nicht mit Suspensiveffekt des zur Anfechtung benutzten Rechtsmittels gleichgesetzt werden. Suspensiveffekt bedeutet nämlich, dass "die in der angefochtenen Verfügung (Dispositiv) enthaltene Regelung eines Rechtsverhältnisses vorläufig bis zum Hinfall der aufschiebenden Wirkung nicht gilt. Es wird gehalten, als ob die Anordnungen der Verfügung nicht getroffen worden wären. Der Suspensiveffekt schiebt die Wirksamkeit der Verfügung insgesamt auf" (179), wogegen i.A. von Art. 142 OG lediglich der Vollzug einer grundsätzlich wirksamen Verfügung ausgesetzt werden kann.

Für den Bereich kantonaler arbeitsgesetzlicher Rechtspflegeverfahren legt Art. 56 I ArG nur eine dreissigtägige Rechtsmittelfrist fest. Damit wird jedoch - wie gezeigt - lediglich die Frage des Eintritts der formellen Rechtskraft einer arbeitsgesetzlichen Verfügung kantonaler Arbeitsgerichte, nicht aber auch deren Vollstreckbarkeit geregelt (180). Deshalb bestimmt sich der Suspensiveffekt von Rechtsmitteln kantonaler Verwaltungsrechtspflegeverfahren in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten - wie die übrigen durch Art. 55-58 ArG nicht normierten Punkte - nach kantonalem Recht.

Für Zürich ist demnach i.A. von § 16 ArGVVO wiederum das Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 massgebend. Grundsätzlich statuiert § 25 I VRG nicht nur den Suspensiveffekt des Rekurses, sondern darüber hinaus auch die aufschiebende Wirkung der laufenden Rekursfrist. Damit fallen in der Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich der Eintritt der formellen Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit einer Verfügung in der Regel zusammen (181). Die verfügende Instanz darf jedoch i.A. besagter Vorschrift vorsorglich einem allfälligen Rekurs und auch der laufenden Rekursfrist die aufschiebende Wirkung

179) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 178.

180) Vgl. Ziff. 1. nach N 151 hievor.

181) Vgl. hiezu KOELZ, Kommentar N 4 zu § 20 und N 1 zu § 25 VRG.

durch ausdrückliche Anordnung im Dispositiv ihrer Verfügung entziehen (182). "Die Rekursinstanz kann eine gegenteilige Verfügung treffen" (183).

§ 25 I VRG verlangt in diesem Zusammenhang zusätzlich, dass die verfügende Instanz die aufschiebende Wirkung nur "aus besonderen Gründen" entziehen dürfe; diese Voraussetzung muss sinngemäss auch für den gegenteiligen Entscheid der Rekursinstanz gelten. Wann solche "besonderen Gründe" vorliegen, lässt sich nicht allgemeingültig festlegen. Die Praxis hat jedoch einige Grundsätze zur Lösung dieser Frage erarbeitet (184). Da jedoch auch diese Grundsätze verschieden interpretiert und angewendet werden können, werden immer wieder unbefriedigende Situationen auftreten (185).

182) Vgl. KOELZ, Kommentar N 22 zu § 25 VRG. Von § 25 VRG nicht geregelt ist die Frage des Suspensiveffekts eines allfällig gegen den Rekursentscheid zulässigen verwaltungsinternen Bundesrechtsmittels. Hier greift Art. I III VwVG ein, der bestimmt, dass "auf das Verfahren letzter kantonaler Instanzen, die gestützt auf öffentliches Recht des Bundes nicht endgültig verfügen, ... Artikel 55 Absätze 2 und 4 (VwVG) über den Entzug der aufschiebenden Wirkung Anwendung" findet; vgl. hiezu KOELZ/KOTTUSCH, a.a.O. (Anm. 42 hievon) 448/449.

183) § 25 II 1. Satz VRG; diese Bestimmung bezieht sich auf den Suspensiveffekt des Rekurses.

184) Vgl. hiezu KOELZ, Kommentar N 7 ff.; insbesondere aber N 23 zu § 25 VRG: "Im allgemeinen wird beim Entzug der aufschiebenden Wirkung Zurückhaltung geübt. Der Suspensiveffekt wird nur dann entzogen, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen dafür sprechen ... Stets wird eine Güterabwägung vorgenommen. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit ist auch beim Entscheid über den Suspensiveffekt zu beachten."

185) Ein besonders krasses Beispiel ereignete sich anfangs 1982 im Kanton Zürich, als ein Bürger eine Abstimmungsvorlage wegen Verletzung des Erfordernisses der Einheit der Materie anfocht. Der Bezirksrat als erste Instanz gab ihm recht und verfügte die Absetzung der gerügten Vorlage. Da der ursprünglich vorgesehene Abstimmungstermin kurz bevorstand, entzog er einem gegen seine Verfügung in Aussicht gestellten Rekurs den Suspensiveffekt. Der Regierungsrat als Rekursinstanz hob dann jedoch den Entscheid bezüglich der aufschiebenden Wirkung auf, was zur Folge hatte, dass über die angefochtene Vorlage abgestimmt werden musste, bevor der Rekurs und mit ihm die Frage der Verfassungsmässigkeit der Abstimmungsvorlage entschieden war.

3. KAPITEL

BESCHWERDELEGITIMATION UND REFORMATIO IN PEIUS VEL MELIUS IN DER ARBEITSGESETZLICHEN VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

LITERATUR: Rudolf CANNER/René SCHOOP, (Kurzkomentar zum) Arbeitsgesetz (2. Auflage, Zürich 1976; zit. Arbeitsgesetz); Fritz GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege (Bern 1979; zit. Bundesverwaltungsrechtspflege); Walther HUG (Herausgeber), Kommentar zum Arbeitsgesetz (Bern 1971; zit. Bearbeiter in HUG); Alfred KOELZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (Zürich 1978; zit. Kommentar); Manfred REHBINDER, (Kurzkomentar zum) Arbeitsgesetz (3. Auflage, Zürich 1982; zit. Arbeitsgesetz); Peter SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes (Basel/Stuttgart 1979; zit. Verwaltungsverfahrenrecht); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, BBl. 1960 II 909 ff. (zit. Botschaft zum Arbeitsgesetz); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, BBl. 1965 II 1348 ff. (zit. Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren).

Die in der Ueberschrift genannten Institute der Verwaltungsrechtspflege stehen an sich in keinem aus ihrer gesetzlichen Regelung fließenden Zusammenhang. Während die Beschwerdelegitimation (1) festlegt, wer überhaupt ein Rechtspflegeverfahren veranlassen könne, bestimmt sich aufgrund der reformatio in peius vel melius, inwieweit die Rechts-

1) Vgl. zur Beschwerdelegitimation i.a. neben der im folgenden zitierten Literatur: Thomas FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (2. Auflage, Zürich 1980) § 24 N 25 ff., 125 ff.; Augustin MACHERET, La qualité pour recourir: clef de la juridiction constitutionnelle et administrative du Tribunal fédéral, ZSR NF 94 (1975) II. Halbband 131 ff.; Georg MUELLER, Legitimation und Kognition in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl. 83 (1982) 281 ff.; SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht 20.3; Yvo SCHWANDER, Zur Beschwerdebefugnis in den Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren, ZBl. 79 (1978) 469 ff.

pflegeinstanz zugunsten oder zuungunsten des Beschwerdeführers von der angefochtenen Verfügung abweichen dürfe.

Aus dieser vereinfachenden Umschreibung des Wirkungsfeldes der Vorschriften über die Legitimation und die reformatio wird aber ein faktischer Zusammenhang der beiden verwaltungsprozessualen Institute ersichtlich: Wer zur Ergreifung eines Prozessmittels legitimiert ist, wird vorher das Risiko seiner Schlechterstellung durch den Entscheid der Rechtspflegeinstanz abzuschätzen versuchen. Wäre eine solche reformatio in peius von Gesetzes wegen verboten (2), würde wohl kaum ein zur Anfechtung einer Verfügung Legitimierter von der Ausschöpfung des vollen Rechtsweges zurückschrecken. M.a.W. regelt die Legitimation das rechtliche Dürfen des Prozessmittelklägers, während die reformatio sein faktisches Wollen beeinflussen kann.

§ 27 BESCHWERDELEGITIMATION (3) IN DER ARBEITSGESETZLICHEN VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

Die massgebende Norm im Arbeitsgesetz ist Art. 58 I ArG; dieser unterteilt die Beschwerdeberechtigten in drei Gruppen: beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer, deren Verbände sowie unmittelbar interessierte Personen. Was unter den genannten Voraussetzungen zu verstehen ist, welche die einzelnen Mitglieder dieser drei Kategorien erfüllen müssen, soll im folgenden behandelt werden. Vorerst ist aber – wie schon so oft – die Frage nach der Gültigkeit von Art. 58 I ArG in Anbetracht der allgemeinen Regelung der Beschwerdelegitimation in Art. 48 VwVG und Art. 103 OG zu beantworten.

-
- 2) Wie sie es z.B. allgemein im Strafprozessrecht bei alleiniger Berufung zugunsten des Verurteilten ist; für Zürich vgl. § 399 StPO.
 - 3) Die Verwendung des Begriffs "Legitimation" darf keinesfalls darüber hinwegtäuschen, dass die Beschwerdebefugnis in der Verwaltungsrechtspflege nichts mit der zivilprozessualen Sachlegitimation zu tun hat.

1. Beschwerdelegitimation gemäss ArG und VwVG/OG

Laut Art. 48 lit. a VwVG "ist zur Beschwerde (4) berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Aenderung hat". Art. 48 lit. b VwVG dehnt die Legitimation auf "jede andere Person, Organisation oder Behörde (aus), die das Bundesrecht zur Beschwerde ermächtigt". Identische Formulierungen finden sich in Art. 103 lit. a bzw. lit. c OG.

Vergleicht man die Normen von VwVG und OG mit Art. 58 I ArG, springt zuerst die unterschiedliche Umschreibung des zur Begründung der Beschwerdelegitimation nötigen Interesses in die Augen (5). Gemäss der allgemeingültigen Regelung von VwVG und OG muss derjenige, der eine Verfügung anfechten will, zudem von dieser berührt sein; das schutzwürdige Interesse an ihrer Aufhebung oder Aenderung allein scheint nicht zu genügen. In Art. 58 I ArG hingegen fehlt das Erfordernis des Berührtseins; ausserdem wird aus dem Gesetzestext nicht völlig klar, ob alle in besagter Norm aufgezählten, möglicherweise beschwerdelegitimierten Rechtssubjekte "ein unmittelbares Interesse nachweisen" müssen (6).

REHBINDER vertritt die Meinung, dass die Regelung der Beschwerdeberechtigung (7) ... heute nur noch für das Verwaltungsverfahren vor den kantonalen Behörden gelte und für dasjenige vor Bun-

4) Mit "Beschwerde" sind bezüglich der Legitimation alle verwaltungs-internen Rechtsmittel gemeint.

5) Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG verlangen ein "schutzwürdiges Interesse", Art. 58 I ArG fordert ein "unmittelbares Interesse".

6) In Anbetracht der Aufgaben und Tätigkeit der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände muss zumindest für diese auf das Erfordernis des unmittelbaren Interesses verzichtet werden (vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 58 ArG); zur Legitimation dieser Verbände siehe Ziff. 3.2. hienach.

7) In Art. 58 I ArG.

desbehörden die Vorschriften des VwVG/OG anzuwenden seien (8). Dies kann sich jedoch nur auf die Beschwerdelegitimation i.S. von Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG, d.h. auf die sog. "Betroffenenbeschwerde" (9) beziehen, denn bezüglich der Beschwerdebefugnis der Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften nutzt Art. 58 I ArG den in Art. 48 lit. b VwVG und Art. 103 lit. c OG vorbehaltenen Freiraum spezialgesetzlicher Normierung; in diesem Bereich gilt demnach Art. 58 I ArG auch für die Bundesverwaltungsrechtspflege (10).

Aber auch bezüglich der Betroffenenbeschwerde kann die soeben zitierte Aussage REHBINDERS nur dann stimmen, wenn Art. 58 I ArG eine inhaltlich von Art. 48 lit. a VwVG oder Art. 103 lit. a OG abweichende Regelung statuieren würde. "Inhaltsgleiche und nur im Wortlaut abweichende Bestimmungen des Spezialverwaltungsrechts" (11) sind nämlich durch die Neuregelung von VwVG/OG nicht aufgehoben worden (12). Es gilt also zu untersuchen, ob die explizite Nennung von "beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern ... sowie Personen, die ein unmittelbares Interesse nachweisen" (13) von der allgemeinen Umschreibung, "wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Aenderung hat" (14), inhaltlich oder nur im Wortlaut abweicht.

8) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 58 ArG.

9) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 112.

10) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 58 ArG; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde vom 24. September 1965, BBl. 1965 II 1265 ff., Erläuterung zu Art. 102 lit. c EzOGRev., 1321; Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren, Erläuterung zu Art. 43 EzVwVG, 1370.

11) Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren, Erläuterung zu Art. 75 und 76 EzVwVG, 1374/1375.

12) Entsprechendes muss für das Verhältnis OG-Spezialverwaltungsrecht gelten.

13) Art. 58 I ArG.

14) Art. 49 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG.

§ 27 1.

Zur Lösung dieses Problems muss vorab einmal festgehalten werden, dass die Formulierung "beteiligte" Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Art. 58 I ArG nicht zur Annahme führen darf, dass für die genannten Rechtssubjekte allein die Teilnahme an dem Verwaltungs(rechts-)pflege)verfahren, das zum Erlass der angefochtenen Verfügung geführt hat, - die sog. formelle Legitimation also - zur Gewährung der Beschwerdeberechtigung ausreiche (15). Mit der Beteiligung gemäss Art. 58 I ArG ist nicht die formelle Legitimation gemeint, sondern die faktische Beziehung der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu dem Arbeitsverhältnis, auf welches die angefochtene arbeitsgesetzliche Verfügung wirkt. Damit die "beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer" zur Beschwerde legitimiert sind, müssen die zudem - gleich wie die anderen Personen, die Art. 58 I ArG nennt - ein "unmittelbares Interesse" (16) an der Anfechtung der Verfügung haben (17).

Folglich konzentriert sich die Lösung des aufgeworfenen Problems der inhaltlichen Uebereinstimmung der Voraussetzungen zur Betroffenenbeschwerde nach Art. 58 I ArG einerseits sowie Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG andererseits auf die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit die im Arbeitsgesetz verwendete Formulierung "unmittelbares Interesse" von derjenigen des "Berührtseins" und des "schutzwürdigen Interesses" gemäss VwVG/OG inhaltlich abweicht.

Hier hilft eine Feststellung GYGIs weiter, die besagt, dass "man es für die Betroffenenbeschwerde ohne weiteres dabei bewenden lassen könnte, zur Beschwerde zuzulassen, wer ein schutzwürdiges Interesse

15) Vgl. CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 58 ArG S. 238; REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 58 ArG. "Die Beschwerdelegitimation wird auch nicht damit begründet, dass jemandem eine Verfügung mit einer Rechtsmittelbelehrung eröffnet wird" (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 113).

16) Art. 58 I ArG.

17) Vgl. JAGMETTI in HUG N 1 zu Art. 58 ArG a.E.

an der Anfechtung der Verfügung hat" (18). Leider ist zur Auslegung des arbeitsgesetzlichen Begriffs des "unmittelbaren Interesses" weder in den Materialien noch in Literatur oder Praxis ein eindeutiger Hinweis zu finden (19). Trotzdem kann kein Zweifel daran bestehen, dass sich die ratio legis von Art. 58 I ArG mit derjenigen von Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG deckt; es geht in beiden Fällen um das Rechtsschutzinteresse (20) des Beschwerdeführers. Ein Indiz für die Richtigkeit dieser Behauptung ist die Fussnote zu Art. 58 I ArG in der amtlichen Textausgabe des Arbeitsgesetzes, die lediglich eine terminologische Anpassung an die entsprechenden Normen des VwVG und OG zum Ausdruck bringt.

Die Schlussfolgerung aus dem Vorstehenden kann demnach nur dahingehend lauten, dass Art. 58 I ArG – abgesehen von der in ihm statuierten Beschwerdelegitimation der Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften – inhaltlich mit Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG übereinstimmt und deshalb auch bezüglich der Betroffenenbeschwerde noch in Kraft ist. M.a.W. beurteilt sich für bundesbehördliche Verwaltungsrechtspflegeverfahren in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten die Beschwerdelegitimation nach Art. 58 I ArG, wobei zur Auslegung des Begriffs des "unmittelbaren Interesses" per analogiam auf diejenige

18) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 112. Er begründet seine Ansicht an derselben Stelle wie folgt: "Es ist schwerlich denkbar, dass ein schutzwürdiges Interesse ... an der Anfechtung bestehen kann, ohne dass der Beschwerdeführer durch die Verfügung berührt (betroffen) ist." Noch eindeutiger äussert sich Peter LIVER (ZBJV 116 (1980) 156): "Wer ein solches Interesse hat, ist durch die Verfügung 'berührt', weshalb dieses schwammige, nichtssagende Wort überflüssig ist."

19) Immerhin hält die Botschaft zum Arbeitsgesetz (Bemerkungen zu Art. 54 EzArG, 1008) fest, dass durch die arbeitsgesetzliche Regelung der Beschwerdelegitimation diejenige des Fabrikgesetzes (vom 18. Juni 1914), nach welcher die von einer Verfügung unmittelbar Betroffenen zur Anfechtung derselben berechtigt waren (Art. 86 I FG spricht einfach von "den Beteiligten".), erweitert würde.

20) Vgl. hiezu GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 113 ff.

§ 27 1./2.

zur Betroffenenbeschwerde gemäss VwVG/OG zurückgegriffen werden kann (21).

Die Lösung des Problems der Konkurrenz von Art. 58 I ArG zu den entsprechenden Vorschriften des VwVG und OG darf nun aber nicht als rechtstheoretische Frage angesehen werden. Sie ist – wie anschliessend gezeigt werden wird – für die Beurteilung der Beschwerdelegitimation in arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflegeverfahren vor kantonalen Behörden von grosser Bedeutung.

2. Beschwerdelegitimation in arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflegeverfahren der Kantone

GYGI vertritt die Ansicht, dass die Regelung der Legitimation zur Betroffenenbeschwerde nach VwVG/OG auch auf kantonale Verwaltungsrechtspflegeverfahren in Bundesrechtsangelegenheiten anzuwenden sei, will diese Derogation allerdings auf das Rechtspflegeverfahren vor der letzten kantonalen Instanz beschränkt wissen (22). Zur Untermauerung seiner These verweist er u.a. auf BGE 103 Ib 147, obschon dieser Bundesgerichtsentscheid nicht explizit auf die Anwendung der allgemeinen bundesrechtlichen Legitimationsvoraussetzungen auf letztinstanzliche kantonale Rechtspflegeverfahren in Bundesverwaltungsrechtssachen Bezug

21) Vgl. zur Auslegung des Begriffs des "schutzwürdigen Interesses" Ziff. 3.1. hienach. An dieser Stelle sei noch darauf hingewiesen, dass die eigentliche Behördenbeschwerde (Art. 103 lit. b OG), die in Ziff. 3.3. hienach behandelt werden wird, von der angezeigten Problematik unberührt bleibt.

22) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 112.

nimmt (23).

Wenn sich nun aber die Beschwerdelegitimation in arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflegeverfahren vor Bundesbehörden nach VwVG/OG richten würde, kämen die entsprechenden Vorschriften i.S. der soeben beschriebenen Lehrmeinung und Praxis nur auf Verfahren letzter kantonalen Rechtspflegeinstanzen zur Anwendung. Dieses Resultat stünde jedoch in einem unlösbaren Widerspruch zu der von allen Autoren, die das Arbeitsgesetz nach der Schaffung des VwVG und der Revision des OG behandelt haben, einhellig vertretenen Meinung, dass sich die Beschwerdelegitimation vor allen kantonalen – also auch den letzten – Rechtsmittelinstanzen nach Art. 58 I ArG richte (24).

Solange man die unterschiedlichen Formulierungen von Art. 58 I ArG einerseits sowie Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG andererseits in bezug auf die Legitimation zur Betroffenenbeschwerde als inhaltlich identisch ansieht, wäre es an sich vom Resultat her bedeutungslos, welche der Vorschriften auf letztinstanzliche kantonale Rechtspflegeverfahren zur Anwendung käme. Das Arbeitsgesetz beansprucht jedoch die Regelung der Beschwerdelegitimation vor allen kantonalen Rechtspflegeinstanzen – nicht nur vor der letzten. Da aber nicht einzusehen ist, warum sich die Beschwerdelegitimation vor unteren kantonalen Rechtspflegeinstanzen nach Art. 58 I ArG, vor der letzten hingegen nach Art. 48 lit. a VwVG oder Art. 103 lit. a OG richten sollte, muss

23) BGE 103 Ib 148 Erw. 3b beurteilt jedoch die vorher begründete kantonale Uebernahmepflicht der bundesrechtlichen Beschwerdelegitimation hinsichtlich Art. 1 III VwVG, der die Anwendung gewisser Vorschriften des VwVG auf Verwaltungsrechtspflegeverfahren der letzten, nicht endgültig verfügenden kantonalen Instanz regelt. Das Bundesgericht kommt dabei zum Schluss, dass "sich aus der in Art. 1 Abs. 3 VwVG enthaltenen abschliessenden Aufzählung nichts Schlüssiges in bezug auf die Frage der Beschwerdebefugnis ableiten lässt" (a.a.O. 148/149). SALADIN (Verwaltungsverfahrenrecht 9.263 a.A.) geht sogar noch weiter und bezeichnet die Aufzählung des Art. 1 III VwVG ausdrücklich als nicht abschliessend.

24) Vgl. hierzu: CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 56 ArG a.A., Anm. 1 zu Art. 58 ArG S. 238; JAGMETTI in HUG N 13 zu Art. 56–57 ArG; REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 56 ArG, Anm. 1 zu Art. 58 ArG.

§ 27 2.

der einheitlichen Anwendung der arbeitsgesetzlichen Vorschrift der Vorzug gegeben werden (25).

Hieraus folgt i.V.m. dem verfassungsmässigen Verbot der Vereitelung von Bundesrecht (26), dass die Kantone die Beschwerdelegitimation in ihren arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflegeverfahren keinesfalls enger als Art. 58 I ArG fassen dürfen (27). Da die Regelung der Beschwerdeberechtigung an sich kein verfassungsmässiges Verwaltungsverfahrensprinzip darstellt (28), hätte es grundsätzlich eines klaren Geltungsvorbehaltes zugunsten der bundesrechtlichen Vorschrift bedurft (29).

Das Resultat einer teleologischen Auslegung von Art. 58 I ArG zeigt aber, dass diese Norm auch für kantonale Rechtspflegeverfahren gelten sollte. Dies erhellt nicht zuletzt aus der Tatsache, dass nur die in Absatz 2 des selben Artikels enthaltene Vorschrift bezüglich des Suspensiveffekts (30) eindeutig auf bundesrechtliche Rechtsmittelverfah-

-
- 25) Für den Kanton Zürich wäre die Beschwerdelegitimation in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten hinsichtlich dieser Problematik sowieso gleich geregelt, denn das zürcherische Rechtspflegesystem sieht bekanntlich überhaupt nur eine Rechtsmittelinstanz vor (vgl. vorne § 21 2.).
- 26) Vgl. hiezu vorne § 15 1.5. "Ist jemand auf Grund des Bundesrechts beschwerdebefugt, darf ihm das kantonale Recht die Beschwerdelegitimation nicht absprechen, ohne das Verbot der Vereitelung von Bundesrecht zu missachten" (KOELZ, Kommentar N 11 zu § 4 VRG).
- 27) "Umgekehrt hat eine weitere Umschreibung der Beschwerdebefugnis im kantonalen Verfahrensrecht keinen Einfluss auf das Verfahren vor den Beschwerdeinstanzen des Bundes" (Alfred KOELZ/Peter KOT-TUSCH, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahrensrecht, ZBl. 79 (1978) 421 ff., 443).
- 28) Deshalb also nicht als sog. "minimal standard" (SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht 9.263 S. 49) unter dem Schutz von Art. 4 BV direkt auf kantonalrechtliche Verfahren ausstrahlt.
- 29) Vgl. hiezu vorne § 15 2. Das Bundesgericht hat die Legitimation allerdings schon als "Grundbegriff, der für die ganze Schweiz in gleicher Weise zu umschreiben ist" (Pra. 64 (1975) Nr. 233 Erw. 1a = BGE 101 V 120 ff.), bezeichnet.
- 30) Vgl. hiezu vorne § 26 3.

ren beschränkt ist. Daran ändert auch die in Art. 56 ArG enthaltene, zweifellos unvollständige Aufzählung der Verfahrensvorschriften, die auf kantonale Rechtspflegeverfahren anwendbar sind, nichts. Folglich kann man in guten Treuen annehmen, dass Art. 58 I ArG einen solchen Geltungsvorbehalt zumindest implizit zum Ausdruck bringe.

Zusammenfassend gilt demnach, dass für kantonale Verwaltungsrechtspflegeverfahren in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten die Beschwerdelegitimation grundsätzlich nach Art. 58 I ArG zu beurteilen ist (31).

3. Beschwerdelegitimation im einzelnen

3.1. LEGITIMATION DER BETROFFENEN GEMAESS ART. 58 I ArG

Wie bereits gezeigt worden ist, müssen von den in Art. 58 I ArG genannten Beschwerdeberechtigten sowohl die "beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer" als auch andere "Personen" an der Anfechtung einer Verfügung "ein unmittelbares Interesse nachweisen" (32); i.S. der allgemeinen bundesrechtlichen Regelung müssen sie also "durch die angefochtene Verfügung berührt (sein) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Aenderung" (33) haben.

"In der Doktrin wird diese (letztgenannte) Formulierung ... in

31) Die in Art. 103 lit. b OG statuierte eigentliche Behördenbeschwerde (vgl. Ziff. 3.3. hienach) tangiert die Frage der Beschwerdelegitimation vor kantonalen Verwaltungsrechtspflegeinstanzen sowieso nicht.

32) Vgl. Ziff. 1. bei N 16 hievov.

33) Art. 48 lit. a VwVG; Art. 103 lit. a OG. Es sei daran erinnert, dass nach der richtigen Ansicht GYGIs (vgl. Ziff. 1. vor N 18 sowie die entsprechende Anmerkung hievov) das schutzwürdige Interesse an der Anfechtung einer Verfügung irgendein Berührtsein durch diese voraussetzt.

§ 27 3.1./3.1.1.

dem Sinne verstanden, dass zwar die reine Popularbeschwerde ausgeschlossen sei, aber jedes eigene aktuelle Rechtsschutzinteresse die Legitimation zu begründen vermöge. Das Rechtsschutzinteresse besteht danach im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde dem Beschwerdeführer eintragen würde oder (anders gesagt) in der Abwendung eines wirtschaftlichen, ideellen, materiellen oder anders gearteten Nachteils, den die angefochtene Verfügung für den Beschwerdeführer zur Folge hätte. Unwesentlich ist - nach der einhelligen Doktrin -, ob das tatsächliche Interesse rechtlich geschützt wird" (34). Diese Auslegung muss auch für den arbeitsgesetzlichen Begriff des "unmittelbaren Interesses" gelten.

3.1.1. Beteiligte Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Absolut unproblematisch ist die Zubilligung der Beschwerdelegitimation dann, wenn der Verfügungsadressat selbst ein Rechtspflegeverfahren anstrengen möchte, denn diesem dürfte es kaum schwerfallen, ein genügendes Rechtsschutzinteresse i.S. des Gesetzes geltend zu machen (35). Auch arbeitsgesetzliche Verfügungen richten sich grundsätz-

34) BGE 104 Ib 249 Erw. 5b. "Die Praxis des Bundesgerichts stimmt weitgehend mit den Äusserungen in der Literatur überein" (a.a. O. Erw. 5c a.A.); vgl. auch GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 111.

35) "Die Partei, mit welcher die Verfügung ein Rechtsverhältnis zu regeln beansprucht, ist zur Beschwerde befugt, wenn sie mit ihrem Begehren unterlegen ist" (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 113).

lich nur an einen Adressaten (36); es liegt jedoch in ihrer Natur, dass sie mehr oder weniger direkt auf einen Zweiparteienvertrag - das Arbeitsverhältnis nämlich - Wirkung entfalten. Deshalb legitimiert der - diesbezüglich richtig interpretierte (37) - Art. 58 I ArG die am jeweiligen Arbeitsverhältnis "beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer" je einzeln auch zur Anfechtung von Verfügungen, die sich an Angehörige der anderen Gruppe richten; vorausgesetzt ein genügendes Rechtsschutzinteresse sei vorhanden (38).

36) In den meisten Fällen ist dies der Arbeitgeber, denn ihn "trifft in erster Linie der materielle Arbeitsschutz ... wie auch die Mitwirkung beim Gesetzesvollzug" (JAGMETTI in HUG N 2 der Vorbemerkungen zu Art. 45 ArG). Deshalb wohl spricht Art. 82 ArGVO I, der den bezüglich der Verfügungsadressaten unbestimmten Art. 51 ArG näher regelt, nur vom Arbeitgeber. Es ist auch der Arbeitgeber, der allfällige "Gesuche für die im Gesetz vorgesehenen Bewilligungen" (Art. 49 I ArG) zu stellen hat.

Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass auch den Arbeitnehmern aus dem Arbeitsgesetz Pflichten erwachsen (vgl. z.B. Art. 7 und 45 ArG). Da es sich hierbei um öffentlichrechtliche Pflichten handelt, kann die zuständige Arbeitsbehörde bei Nichtbefolgung mit öffentlichrechtlichen Mitteln gegen fehlbare Arbeitnehmer vorgehen (vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 7 ArG, Anm. 1 zu Art. 45 ArG); d.h. eine Verfügung i.S. von Art. 51 II ArG erlassen.

37) Vgl. hiezu Ziff. 1. nach N 15 hievor.

38) Zum Nachweis des genügenden Rechtsschutzinteresses dürfte wohl die rechtliche und faktische Beziehung des jeweiligen Beschwerdeführers zum durch die angefochtene Verfügung beeinflussten Arbeitsverhältnis genügen.

3.1.2. Andere Personen

Vorab muss beachtet werden, dass sich die anderen "Personen" des Art. 58 I ArG von der "anderen Person" der Art. 48 lit. b VwVG und Art. 103 lit. c OG bezüglich der Legitimationsvoraussetzungen stark unterscheiden können. Die anderen "Personen" des Arbeitsgesetzes müssen nämlich "ein unmittelbares Interesse (an der Anfechtung) nachweisen"; m.a.W. müssen sie ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse geltend machen können. Dagegen genügt es gemäss Art. 48 lit. b VwVG und Art. 103 lit. c OG für "jede andere Person, (durch) das Bundesrecht zur Beschwerde ermächtigt" zu sein (39). Deshalb muss die Beschwerdeberechtigung der anderen "Personen" des Art. 58 I ArG als Unterfall der Betroffenenlegitimation gewertet werden (40). Es bleibt folglich nur noch zu untersuchen, was unter dem im Arbeitsgesetz verwendeten Begriff "Personen" zu verstehen ist oder (anders ausgedrückt) wer alles - unter der Voraussetzung eines genügenden Rechtsschutzinteresses - zur Anfechtung einer arbeitsgesetzlichen Verfügung legitimiert sein kann.

39) "Voraussetzungen und Inhalt der einzelnen Beschwerdeberechtigungen bestimmen sich nach den Vorschriften, aus denen sie hervorgehen" (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 122/123).

40) Vgl. Ziff. 1. (besonders den Absatz nach N 20) hievor.

3.1.2.1. Legitimation Dritter

Durch arbeitsgesetzliche Verfügungen können Dritte, welche an dem durch die Verfügung tangierten Rechtsverhältnis an sich unbeteiligt sind, in irgendeiner Art und Weise betroffen sein. Die Frage nach ihrer Beschwerdelegitimation wird sich aber wohl nur dann stellen, wenn sie sich durch eine den Gesuchsteller begünstigende Verfügung beeinträchtigt fühlen (41).

"Für die Anfechtung einer Verfügung, durch die ein anderer begünstigt wird, wurde zur Vermeidung der Popularbeschwerde die Regel aufgestellt, dass der Beschwerdeführer durch die Verfügung in höherem Masse als jedermann berührt sein müsse; erforderlich ist nach der Rechtsprechung eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung des Beschwerdeführers zur Streitsache" (42). Sobald diese Voraussetzungen in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht (43) erfüllt sind, ist das Rechtsschutzinteresse des Dritten zu dessen Legitimation ausreichend, die "Drittbeschwerdebefugnis" (44) somit erstellt.

Im Rechtspflegeverfahren, das durch eine Drittbeschwerde in Gang gesetzt worden ist, wird die angefochtene Verfügung im Rahmen der Kognition der Rechtspflegeinstanz (45) hinsichtlich ihrer Legalität bezüglich des ihr zugrundeliegenden Verwaltungsrechtserlasses (46) unter-

41) Man denke nur an die Fälle der Erteilung einer Betriebsbewilligung für einen industriellen Betrieb (Art. 8 III ArG) oder einer Bewilligung für Nachtarbeit (Art. 17 I und II ArG) und deren Auswirkungen auf die Nachbarschaft.

42) BGE 104 Ib 249 Erw. 5c.

43) Vgl. BGE 103 Ib 338 ff. Erw. 4b.

44) GYG I, Bundesverwaltungsrechtspflege 118.

45) Vgl. hiezu vorne § 26 2.

46) Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der bundesrechtlichen Verfügungsgrundlage ist bekanntlich ausgeschlossen (Art. 114bis III BV).

§ 27 3.1.2.1./3.1.2.2.

sucht. "Ob Rechte des Beschwerdeführers verletzt worden sind, ist dagegen nicht zu prüfen" (47).

3.1.2.2. Legitimation des Gemeinwesens

Eine Gemeinde ist ein sog. Verwaltungsverband, der im Falle einer rechtlichen Auseinandersetzung durch die zuständige Behörde vertreten wird. Die Legitimation zur Betroffenenbeschwerde, die auf dem Rechtsschutzinteresse des durch die angefochtene Verfügung Berührten basiert, ist nun aber an sich nicht auf Verwaltungsverbände, sondern auf Privatpersonen (48) zugeschnitten (49).

In der Praxis werden jedoch Verwaltungsverbände zur Betroffenenbeschwerde zugelassen, sobald sie "wie ein Privater ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung einer Verfügung haben" (50). Zur Einräumung dieser Beschwerdebefugnis genügt aber das allgemeine öffentliche Interesse an der Verwirklichung gesetzlich normierter Ordnungen nicht (51). Besondere und andere Interessen können Gemeinwesen im Bereich des Arbeitsgesetzes sowohl als Verfügungsadressat als auch als

47) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 118. "Es liegt ja gerade in der Eigenart der vom Gesetzgeber getroffenen Legitimationsordnung, dass der faktische Nutzniesser einer im öffentlichen Interesse erlassenen Norm sich, obschon er keinen eigenen Rechtsanspruch besitzt, auf dem Beschwerdeweg für die Einhaltung der ihm durch ihre Auswirkungen begünstigenden Vorschriften einsetzen darf, sofern er zur konkreten Streitsache eine genügend nahe Beziehung hat" (BGE 104 Ib 256 Erw. 7d).

48) Natürliche oder juristische Personen des Privatrechts.

49) Vgl. hiezu BGE 105 Ib 358/359 Erw. 5a. "Das entspricht dem überlieferten Denken, demzufolge die Verwaltungsrechtspflege Schutz der Rechte und Interessen des Privaten gegenüber der Verwaltung ist" (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 119).

50) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 120.

51) Vgl. BGE 105 Ib 359 Erw. 5a.

an sich unbeteiligter Dritter haben (52), womit sie gegebenenfalls wie andere "Personen" i.S. des Art. 58 I ArG zur Betroffenenbeschwerde legitimiert wären.

3.1.2.3. Legitimation von Behörden

Die Legitimation von Behörden zur Betroffenenbeschwerde gemäss Art. 58 I ArG ist streng von der weiter hinten noch zu behandelnden eigentlichen Behördenbeschwerde (53) zu trennen. Nach Ansicht JAGMETTIs sollen Behörden Verfügungen einer hierarchisch untergeordneten Behörde dann anfechten können, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Aenderung haben (54). Dabei übersieht er aber, dass Behörden "Organe eines öffentlichrechtlichen Verbandes sind. Sie sind nach schweizerischer Auffassung als solche nicht rechtsfähig (und) können daher weder parteifähig noch beschwerdebefugt sein" (55).

Folglich können Behörden kein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung einer Verfügung haben. Wer nicht rechtsfähig ist, kann

52) Als Verfügungsadressat wird ein Gemeinwesen z.B. als Eigentümer eines dem Arbeitsgesetz unterstellten Betriebs in Betracht fallen, als an sich unbeteiligter Dritter kann es z.B. durch eine Bewilligung von Sonntagsarbeit in einem Betrieb (Art. 19 I und II ArG), der (zu) nahe der Kirche liegt, berührt sein.

53) Vgl. Ziff. 3.3. hienach.

54) Vgl. JAGMETTI in HUG N 3 zu Art. 58 ArG. Obschon sich die a.a.O. gemachte Aussage JAGMETTIs nur auf die Bundesverwaltungsbeschwerde i.A. von Art. 48 lit. a VwVG bezieht, muss man aus seiner nächsten Feststellung, für die (Bundes)Verwaltungsgerichtsbeschwerde reiche die Formulierung von Art. 103 lit. b OG etwas weiter, indem ein aktuelles Interesse nicht ausdrücklich verlangt werde, wohl schliessen, dass seiner Ansicht nach Behörden auch zur Betroffenenbeschwerde gemäss Art. 103 lit. a OG legitimiert wären.

JAGMETTIs Theorie beruht offensichtlich auf dem Bestreben, dem Bund die Ueberwachung der Anwendung des Arbeitsgesetzes - trotz Fehlens einer Art. 103 lit. b OG entsprechenden Norm im VwVG - auch durch verwaltungsinterne Rechtsmittel zu ermöglichen.

55) GYGf, Bundesverwaltungsrechtspflege 120.

§ 27 3.1.2.3./3.2.

durch eine Verfügung weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht berührt sein, da er – vereinfacht ausgedrückt – rechtlich inexistent ist. Selbst das Interesse "an der richtigen Durchsetzung und einheitlichen Anwendung des Bundesrechts" (56) ist keines der Behörde, sondern es steht dem durch diese vertretenen Verwaltungsverband zu.

Da aber – wie bereits gezeigt worden ist (57) – dieses Interesse allein selbst für Verwaltungsverbände nicht zur Legitimation für die Betroffenenbeschwerde ausreicht, könnte es dies auch für Behörden nicht. Zusammenfassend muss gesagt werden, dass Behörden unter keinen Umständen zur Ergreifung einer Betroffenenbeschwerde legitimiert sein können; sie fallen aufgrund ihrer fehlenden Rechtsfähigkeit nicht unter den Begriff der anderen "Personen" i.S. von Art. 58 I ArG; m.a.W. gibt es – entgegen der Ansicht JAGMETTIs – keine Betroffenenbeschwerde einer Behörde, sondern die Behörde substituiert das an sich legitimierte Gemeinwesen.

3.2. LEGITIMATION VON VERBAENDEN GEMAESS ART. 58 I ArG

Als erstes gilt es, zwei grundsätzlich verschiedene Erscheinungsformen der Legitimation von Verbänden zu unterscheiden: Verbandsbeschwerde und Beschwerdebefugnis von Verbänden durch Gesetz. In beiden Fällen geht es um die Frage, ob Verbände an ihre Mitglieder gerichtete Verfügungen anfechten könnten.

56) BGE 105 Ib 359 Erw. 5a.

57) Vgl. Ziff. 3.1.2.2. hievor.

3.2.1. Verbandsbeschwerde

Die hierzu nötige Beschwerdelegitimation ist Verbänden und anderen Organisationen in ständiger bundesgerichtlicher (und bundesrätlicher) Rechtsprechung (58) auch dann zuerkannt worden, wenn sie nicht spezialgesetzlich vorgesehen war; hier handelt es sich um die sog. Verbandsbeschwerde. Die Legitimation zur Verbandsbeschwerde ist davon abhängig, dass der Verband aufgrund seiner Statuten zur Wahrung der Interessen seiner Mitglieder auch auf dem Beschwerdeweg berufen ist und dass eine nicht unbedeutende Anzahl dieser Mitglieder selbst zur Anfechtung legitimiert wäre (59). Die Verbandsbeschwerde erscheint demnach als delegierte Betroffenenbeschwerde (60); ihre Grundlage war und ist denn auch die allgemeine Regelung der Legitimation von Betroffenen in VwVG/OG (61).

58) Vgl. statt vieler: BGE 100 Ia 99 Erw. 1b.

59) Vgl. hierzu GYG, Bundesverwaltungsrechtspflege 119. Nach seiner a.a.O. geäusserten Ansicht handelt es sich dabei um eine "der Prozessstandschaft angenäherte Vertretungsbefugnis".

60) Sie wurde nur deshalb nicht in Ziff. 3.1. hievor behandelt, um die Unterschiede zur arbeitsgesetzlichen Legitimation von Verbänden besser aufzeigen zu können.

61) Heute also Art. 48 lit. a VwVG und Art. 103 lit. a OG. Weder die Neuschaffung des VwVG noch die gleichzeitige Revision des OG wollte an der diesbezüglich schon vorher geübten Praxis etwas ändern (vgl. Botschaft betr. Bundesverwaltungsverfahren, Erläuterung zu Art. 43 EzVwVG, 1370). Interessant ist in diesem Zusammenhang noch, dass die seinerzeit vom Bundesrat vorgeschlagenen Gesetzestexte (Art. 43 lit. a EzVwVG, Art. 102 lit. a EzOGRev.) zur Legitimation als Betroffener – entgegen der heutigen Fassung der entsprechenden Vorschriften – "ein schutzwürdiges eigenes Interesse" an der Anfechtung verlangt hatten.

3.2.2. Gesetzliche Legitimation von Verbänden

Art. 48 lit. b VwVG und Art. 103 lit. c OG bestimmen u.a., dass jede andere Organisation, die das Bundesrecht zur Beschwerde ermächtigt, die entsprechende Legitimation besitze. Eine solche Ermächtigung liegt in Art. 58 I ArG, dem in diesem Bereich eine VwVG und OG ergänzende Bedeutung zukommt, indem er die Verbände der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer als zur Beschwerde legitimiert bezeichnet.

Die arbeitsgesetzliche Legitimation der Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften folgt wohl aus der Erkenntnis der Gesetzesautoren, dass sich der Einzelne aufgrund gewisser Befürchtungen der vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten sehr oft nicht bedienen würde (62). Aus derselben Ueberlegung heraus kann es auch nicht darauf ankommen, ob die von der angefochtenen Verfügung Betroffenen Mitglieder des beschwerdeführenden Verbandes sind oder nicht, obschon die Formulierung "deren Verbände" in Art. 58 I ArG eher auf das Erfordernis der Mitgliedschaft hinweist (63). Für die Legitimation der Verbände gemäss der genannten arbeitsgesetzlichen Vorschrift ist auch kein Einverständnis derer Mitglieder mit der Anfechtung erforderlich – ja nicht einmal das Akzeptieren der angefochtenen Verfügung seitens der betroffenen Mitglieder des beschwerdeführenden Verbandes soll diesen seiner Beschwerdelegitimation berauben können (64).

62) Vgl. hiezu CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 58 ArG S. 239. Nicht zuletzt deshalb muss Art. 58 I ArG – was die Legitimation der Verbände anbelangt – auch für kantonale Verwaltungsrechtspflegeverfahren in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten gelten; das Verbot der Vereitelung von Bundesrecht (vgl. Anm. 26 hievor) verhilft ihm dazu.

63) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 58 ArG. Seiner Ansicht nach "scheint (bezüglich der Formulierung 'deren' Verbände) eine ausdehnende Auslegung am Platze, da die Verbände auch in der übrigen Rechtsordnung die Stellung von Garanten für die Durchsetzung des Arbeitsrechts erhalten haben".

64) Vgl. CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 58 ArG S. 239. Es sei allerdings die Frage erlaubt, inwiefern sich Verbände über ausdrücklich geäußerte Interessen ihrer Mitglieder hinwegsetzen dürfen; beachte aber BGE 98 Ib 346/347 Erw. 1.

3.3. BEHOERDENBESCHWERDE GEMAESS ART. 103 lit. b OG

Unter dem Begriff "Behördenbeschwerde" werden allgemein drei verschiedene Arten der Teilnahme einer Behörde als Rechtsmittelkläger in einem Verwaltungsrechtspflegeverfahren zusammengefasst; entsprechend unterschiedlich sind die jeweiligen Legitimationsvoraussetzungen geregelt. Eine der erwähnten drei Arten – die Betroffenenbeschwerde des Gemeinwesens durch eine Behörde – ist bereits behandelt worden (65), eine andere – die sog. erweiterte Behördenbeschwerde – ist für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege ohne Bedeutung (66). Es bleibt als dritte – und im folgenden zu behandelnde Art – die eigentliche Behördenbeschwerde, die gemäss Art. 103 lit. b OG nur dem Bund zusteht.

Da dem Bund daran gelegen ist (67), dass seine Gesetze auch ausserhalb der Bundesverwaltung richtig und übereinstimmend angewendet werden, bezeichnet ihn das Organisationsgesetz in besagter Norm als "zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt gegen die Verfügung einer eidgenössischen Rekurs(- oder) ... Schiedskommission, einer letzten kantonalen Instanz oder einer Vorinstanz im Sinne von (Art. 98 lit. h OG) ...". Dass Art. 103 lit. b OG als Rechtsmittelkläger "das in der Sache zuständige Departement oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, die in der Sache zuständige Dienstabteilung der Bundesverwaltung" nennt, ändert nichts daran, dass grundsätzlich der Bund legitimiert ist (68). Diese Anfechtungsmöglichkeit von Verfügungen, die von ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden – und deshalb von dieser unab-

65) Vgl. Ziff. 3.1.2.2. und 3.1.2.3. hievor.

66) Die erweiterte Behördenbeschwerde beruht auf dem Vorbehalt zugunsten von Bundesrecht in Art. 48 lit. b VwVG und Art. 103 lit. c OG, der jedoch durch das Arbeitsgesetz nicht genutzt wird.

67) Hieraus folgt der in Art. 102 Ziff. 2 BV statuierte Auftrag an den Bundesrat.

68) "Hier führt in Wahrheit der Bund, vertreten durch ein Departement oder – kraft besonderer Vorschrift – vertreten durch eine andere Dienstabteilung Beschwerde des Bundes" (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 120); vgl. auch BGE 105 Ib 355 Erw. 2.

§ 27 3.3.

hängigen - Behörden erlassen werden, beim Bundesverwaltungsgericht erscheint als Korrelat zur fehlenden Weisungsbefugnis des Bundes gegenüber diesen Behörden (69). Deshalb ist die eigentliche Behördenbeschwerde in der internen Bundesverwaltungsrechtspflege nicht vorgesehen (70).

In der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege ist das EVD diejenige Behörde, welche die Interessen des Bundes wahrzunehmen hat, da keine Vorschrift des Arbeitsgesetzes (71) diese Aufgabe dem BIGA zuweist. Zur Begründung der Legitimation zur eigentlichen Behördenbeschwerde bedarf der Bund - und somit das EVD - keines anderen Nachweises als den Schutz öffentlicher Interessen, "insbesondere das Anliegen der richtigen und rechtsgleichen Anwendung" (72) des Arbeitsgesetzes; ein schutzwürdiges Interesse, wie es für die Legitimation zur Betroffenenbeschwerde des Gemeinwesens verlangt wird (73), ist nicht erforderlich.

Damit das EVD die soeben beschriebenen Bundesinteressen aber überhaupt wahrnehmen kann, muss es über den Erlass von entsprechen-

69) M.a.W. soll der Bund dort, wo er die richtige und einheitliche Anwendung von Bundesverwaltungsrecht nicht durch seine verwaltungs-internen Weisungskompetenzen durchsetzen kann, dieses Ziel durch Beschreiten des verwaltungsexternen Rechtspflegeweges erreichen können (vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 120/121).

70) Eine Art. 103 lit. b OG entsprechende Norm fehlt im VwVG. Zu welchen Problemen diese Konstellation führen kann, wird aus dem berühmten Bundesratsentscheid i.S. Fextal vom 4. September 1974 ersichtlich. Diese aufsichtsrechtlich begründete Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils des Bündner Verwaltungsgerichts hat eine umfangreiche Diskussion nach sich gezogen: Brief des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden an den Bundesrat, ZBl. 75 (1974) 533; Yvo HANGARTNER, Bundesaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, ZBl. 76 (1975) 1 ff.; Pierre MOOR, Pouvoir de surveillance fédéral et autorités cantonales, a.a.O. 191 ff.; Alfred KOELZ, Vollzug des Bundesverwaltungsrechts und Behördenbeschwerde, a.a.O. 367 Anm. 36.,

71) I.S. des Vorbehalts in Art. 103 lit. b OG.

72) GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 120.

73) Vgl. hiezu Ziff. 3.1.2.2. nach N 49 hievor; vgl. auch GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 121.

den arbeitsgesetzlichen Verfügungen orientiert werden. Deshalb bestimmt Art. 103 lit. b OG, dass u.a. die letzte kantonale Instanz (74) Verfügungen, gegen welche die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig sei (75), sofort und unentgeltlich den beschwerdeberechtigten Bundesbehörden (dem EVD also) mitzuteilen habe. Dem selben Zweck dient die Vorschrift von Art. 110 I OG, gemäss welcher das Bundesgericht eine "angefochtene Verfügung (, die) von ... einer letzten kantonalen Instanz ... ausgeht, ... der Bundesverwaltungsbehörde, die nach (Art. 103 lit. b OG) zur Beschwerde berechtigt gewesen wäre, zur Kenntnis bringt".

3.4. LEGITIMATION ZUR ANZEIGE UND AUFSICHTSBESCHWERDE GEMAESS ART. 54 ArG

3.4.1. Anzeigelegitimation gemäss Art. 54 I ArG

"Das Recht, sich an eine Behörde zu wenden, steht an sich jedermann zu" (76). Mit dieser klaren Aussage JAGMETTIs ist die Frage der Anzeigelegitimation bereits beantwortet. Es wäre wohl auch nicht logisch, die Anzeige als Möglichkeit der privativen Vollzugsunterstützung zugunsten der Arbeitsbehörden zu werten (77), gleichzeitig aber den Kreis der Anzeigeberechtigten einzuschränken; in diesem Punkt besteht Einigkeit in Lehre und Praxis.

Umstritten ist allerdings die Frage, ob die Arbeitsbehörde, der eine Anzeige "wegen Nichtbefolgung des Gesetzes, einer Verordnung oder

74) Nur diese kommt von den in Art. 103 lit. b OG genannten Behörden in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege als verfügende Instanz in Frage.

75) Zu diesem Problem vgl. hinten § 31.

76) JAGMETTI in HUG N 2 zu Art. 54 ArG; vgl. auch Botschaft zum Arbeitsgesetz, Bemerkungen zu Art. 50 EzArG, 1006.

77) Vgl. vorne § 23 2.2. vor N 67.

§ 27 3.4.1.

einer Verfügung" (78) zugeht, auch dann zur Prüfung des angezeigten Sachverhalts verpflichtet sei, wenn sich der Anzeiger nicht zu erkennen gibt; m.a.W. scheint man sich nicht darüber einig zu sein, ob eine anonyme Anzeige auch die Wirkungen gemäss Art. 54 I ArG habe.

JAGMETTI meint, man werde verlangen müssen, dass sich der Anzeiger zu erkennen gebe. Auf anonyme Anzeigen hin dürften die Aufsichtsorgane zwar Erhebungen durchführen, da sie dies ja auch von Amtes wegen tun könnten, zu einer Prüfung solcher Meldungen seien sie aber wohl nicht verpflichtet (79). CANNER/SCHOOP gehen etwas weiter; ihrer Ansicht nach "sollte auch anonymen Anzeigen nachgegangen werden, wenn sie Tatbestände anführen, die gegen das Gesetz verstossen könnten ..." (80). Die genannten Autoren sind also nicht bereit, die Prüfungspflicht der Behörden auch auf anonyme Anzeigen auszu dehnen (81).

Diese Meinung kann aber nur vertreten, wer im Wunsch auf Anonymität grundsätzlich etwas Verwerfliches sieht. Abgesehen davon, dass dies angesichts unserer Wahl- und Abstimmungssysteme, die überwiegend geheime Stimmabgabe vorsehen, nicht so allgemein gelten kann (82), geht es ja gar nicht darum, welche Motive den Anzeiger zu seinem Tun treiben (83). Ausschlaggebend kann doch nur sein, dass die zuständigen Arbeitsbehörden die Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Vorschriften von Amtes wegen überwachen und hiezu alles Notwendige von sich

78) Art. 54 I ArG.

79) Vgl. JAGMETTI in HUG N 3 zu Art. 54 ArG.

80) CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 1a zu Art. 54 ArG S. 225.

81) CANNER/SCHOOP begnügen sich mit einem "ethischen Appell" (REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 54 ArG S. 141).

82) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 54 ArG S. 140 a.E.

83) Eine Anzeige, die als Rache für eine ausgesprochene Kündigung erfolgt, ist moralisch vielleicht zweifelhaft, muss aber trotzdem verfolgt werden.

aus unternehmen^e müssen (84); woher oder auf welche Art sie über Widerhandlungen gegen das Arbeitsgesetz informiert werden, darf bei einem Gesetz, "das zu seinem Vollzug faktisch auf Anzeigen angewiesen ist" (85), keine Rolle spielen. Anonyme Anzeigen müssen folglich die nämlichen, in Art. 54 I ArG genannten Folgen haben wie solche unter Namensnennung.

Der zweite umstrittene Punkt im Zusammenhang mit der arbeitsgesetzlichen Anzeige ist die Frage, ob die Behörde dem Anzeiger Aufschluss über die Behandlung seiner Vorbringen zu geben habe (86). Der Bundesrat hatte dies dem Ermessen der zuständigen Arbeitsbehörde überlassen wollen (87). In der Literatur ist man sich aber einig, dass dem Anzeiger hinsichtlich seiner Berechtigung zur Aufsichtsbeschwerde nach Art. 54 II ArG zumindest auf Anfrage Auskunft zu erteilen sei (88).

84) "Können" (JAGMETTI in HUG N 3 zu Art. 54 ArG) oder "sollen" (CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 1a zu Art. 54 ArG S. 225) ist zu schwach. Durch diese Formulierungen wird den Arbeitsbehörden ein Ermessensspielraum zugestanden, der gegen ihre Vollzugspflicht verstösst.

85) REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 54 ArG S. 140.

86) Diese Frage stellt sich bei anonymen Anzeigen logischerweise nicht.

87) Vgl. Botschaft zum Arbeitsgesetz, Bemerkungen zu Art. 50 EzArG, 1006.

88) Vgl. hiezu CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 54 ArG; JAGMETTI in HUG N 6 zu Art. 54 ArG a.E.; REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 54 ArG a.E. Art. 73 II VEzArG hatte noch folgende Formulierung enthalten: "Hat ein beteiligter Arbeitgeber oder Arbeitnehmer oder ein Verband, dem dieser als Mitglied angehört, die Anzeige gemacht, so ist ihm schriftlich mitzuteilen, welche Folge der Anzeige gegeben wird."

§ 27 3.4.2.

3.4.2. Aufsichtsbeschwerdelegitimation gemäss Art. 54 II ArG

Art. 54 II ArG selbst nennt weder die zur Aufsichtsbeschwerde Berechtigten noch irgendwelche subjektive Voraussetzungen der Legitimation, sondern begnügt sich damit, die möglichen Begründungen dieses Rechtsbehelfs (89) zu bestimmen: "Trifft die Behörde auf Anzeige hin keine oder nur ungenügende Vorkehren, so kann die übergeordnete Behörde angerufen werden" (90).

Der enge Zusammenhang zwischen arbeitsgesetzlicher Aufsichtsbeschwerde und Anzeige muss bezüglich der Legitimation Konsequenzen haben, denn meistens wird der Anzeiger selbst zur Aufsichtsbeschwerde schreiten. Folglich können an die Legitimation zur Aufsichtsbeschwerde keine strengeren Voraussetzungen als an die Anzeigeberechtigung geknüpft werden (91). M.a.W. ist auch zur Aufsichtsbeschwerde jedermann legitimiert (92); dies gilt ebenfalls für die kantonale rechtliche Aufsichtsbeschwerde. Das kantonale Recht kann wohl das Aufsichtsbeschwerdeverfahren regeln (93), nicht aber die Legitimation enger fassen (94).

Die Formulierung des Art. 54 II ArG darf aber nicht zum Schluss verleiten, dass eine Aufsichtsbeschwerde nur möglich sei, wenn "die Behörde auf Anzeige hin" untätig bleibe. Eine wortgetreue Anwendung besagter Vorschrift würde nämlich dazu führen, dass vor jeder Aufsichtsbeschwerde zuerst eine Anzeige erfolgt sein müsse. Die Arbeits-

89) Zur Qualifikation der Aufsichtsbeschwerde als Rechtsbehelf vgl. vorne § 23 2.2., § 25 7.

90) Art. 54 II ArG.

91) Eine anonyme Aufsichtsbeschwerde ist ausgeschlossen. Denkbar scheint aber eine Aufsichtsbeschwerde mit der Begründung, die zuständige Arbeitsbehörde habe eine anonyme Anzeige nicht verfolgt.

92) Vgl. Art. 71 I VwVG.

93) Vgl. JAGMETTI in HUG N 7 zu Art. 54 ArG S. 371.

94) Vgl. hiezu Ziff. 2. nach N 25 hievor. Im Kanton Zürich wird die Aufsichtsbeschwerde sowieso als Popularklage angesehen (vgl. vorne § 25 7. nach N 124).

behörden sind jedoch auch verpflichtet, zufällig oder aufgrund einer routinemässigen Kontrolle erlangte Verdachtsmomente hinsichtlich einer "Nichtbefolgung des Gesetzes, einer Verordnung oder einer Verfügung zu prüfen und, falls sie begründet sind, gemäss (Art. 51-53 ArG) zu verfahren" (95). Sollte jemand erfahren, dass eine Arbeitsbehörde solchen ihr bekannten Verdachtsmomenten nicht nachgeht, muss er Aufsichtsbeschwerde führen können, ohne vorher die säumige Behörde durch eine Anzeige angerufen zu haben.

§ 28 REFORMATIO IN PEIUS VEL MELIUS IN DER ARBEITS- GESETZLICHEN VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

Das Institut der reformatio in peius vel melius beschlägt die Frage, ob eine Rechtspflegeinstanz die angefochtene Verfügung zugunsten oder zum Nachteil des Rechtsmittelklägers ändern könne. Dabei ist zu beachten, dass nur schon die Gefahr einer Schlechterstellung des Anfechtenden durch den Entscheid der Rechtspflegeinstanz prohibitiv auf die Ergreifung eines Rechtsmittels wirken kann. Dem berechtigten Wunsch des Rechtsmittelklägers, im schlimmsten Fall durch seine Anfechtung nicht schlechter gestellt zu werden, als er es durch die angefochtene Verfügung schon ist, steht aber u.U. das Gebot der Durchsetzung des Gesetzes entgegen - insbesondere wenn es sich um einen Schutznormenkomplex wie das Arbeitsgesetz handelt (96).

95) Art. 54 I ArG.

96) Die aufgezeigte Problematik kann in dieser Arbeit nicht behandelt werden; einige Literaturhinweise mögen genügen: Peter BOECKLI, Reformatio in peius - oder der Schlag auf die hilfeschuchende Hand, ZBl. 81 (1980) 97 ff.; Alfred KOELZ, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess (2. Auflage, Zürich 1974) 41 ff.; Michael PFEIFER, Der Untersuchungsgrundsatz und die Officialmaxime im Verwaltungsverfahren (Diss. Basel 1980) 137 ff.; Ulrich ZIMMERLI, Zur reformatio in peius vel melius im Verwaltungsrechtspflegeverfahren des Bundes, in: Mélanges Henri Zwahlen (Lausanne 1977) 511 ff.

§ 28/1.

Das Arbeitsgesetz enthält keine Vorschrift über die reformatio (97), weshalb zu deren Regelung die kantonalen Verwaltungsrechtspflegeerlasse einerseits sowie VwVG/OG andererseits berufen sind.

1. Reformatio in der Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich

Die reformatio im kantonalzürcherischen Rekursverfahren (98) ist in § 27 VRG geregelt, und zwar in beiden Richtungen positiv. "Der Gesetzgeber wollte es mit der Zulassung der reformatio in peius sive in melius der Rekursinstanz ermöglichen, losgelöst von formellen Schranken einen der Rechts- und Sachlage vollumfänglich entsprechenden Entscheid zu fällen" (99).

Bevor die Rekursbehörde – in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege also der Regierungsrat – die angefochtene Verfügung zuungunsten des Rechtsmittelklägers abändern kann, muss sie diesen auf die Gefahr seiner Schlechterstellung hinweisen (100). "In der Folge wird (der Rekurrent) den Rekurs dann zurückziehen ..." (101). Ein Rückzug des Rechtsmittels nützt ihm aber dann nichts mehr, wenn der Regierungsrat durch das Rekursverfahren bemerkt, dass er die angefochtene arbeitsgesetzliche Verfügung aufgrund seines Aufsichtsrechtes von Amtes wegen in peius reformieren muss (102).

97) Was bei der rudimentären Regelung der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege in Art. 55–58 ArG auch nicht weiter erstaunt.

98) Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kommt im Kanton Zürich für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege bekanntlich nicht in Frage (vgl. hiezu vorne § 21 2.).

99) KOELZ, Kommentar N 1 zu § 27 VRG.

100) Dies folgt aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, der allerdings im VRG nicht speziell erwähnt ist (vgl. KOELZ, Kommentar N 1 zu § 8 VRG, N 2 zu § 27 VRG).

101) KOELZ, Kommentar N 2 zu § 27 VRG.

102) Zu den Voraussetzungen, die ein solches aufsichtsrechtliches Eingreifen des Regierungsrates verlangen, vgl. KOELZ (Kommentar N 4 zu § 27 VRG).

2. Reformatio im Bundesverwaltungsrechtspflegeverfahren

Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren des Bundes ist Art. 62 VwVG massgebend. Diese Norm statuiert die grundsätzliche Möglichkeit der reformatio in melius, zählt die Gründe einer reformatio in peius auf (103) und bestimmt zusätzlich, dass sich jede Partei vor einem sie schlechterstellenden Entscheid äussern dürfen müsse. Dass ist besonders für den Beschwerdeführer von Bedeutung, denn er - aber auch nur er - kann das Rechtsmittel vor der Entscheidung noch zurückziehen (104). "Wegen Unangemessenheit darf die angefochtene Verfügung nicht zuungunsten einer Partei geändert werden, ausser im Falle der Aenderung zugunsten einer Gegenpartei" (105).

Für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gilt gemäss Art. 114 I OG, dass das Bundesverwaltungsgericht an die Parteianträge gebunden sei (106). Obschon diese Regelung von den Parteianträgen ausgeht und nicht von der angefochtenen Verfügung, kommt sie einem grundsätzlichen Verbot jeder reformatio gleich (107). Deshalb stellen sich die Fragen nach Anhörungspflicht und Zulässigkeit des Rechtsmittelrückzuges hier nicht.

103) Bundesrechtsverletzung, falsche oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung durch bzw. in der angefochtenen Verfügung.

104) Zum Rückzugsrecht vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 184; PFEIFFER, a.a.O. (Anm. 96 hievor) 140/141.

105) Art. 62 II VwVG. "Die Vorinstanz ... ist nicht Gegenpartei im Sinne dieser Gegen Ausnahme" (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 185).

106) Die vorbehaltene Ausnahme dieser Norm betrifft die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege nicht.

107) Vgl. hiezu KOELZ, a.a.O. (Anm. 96 hievor). Zur an sich interessanten - für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen eine letztinstanzliche Verfügung des Kantons Zürich wegen der dort zulässigen reformatio (vgl. Ziff. 1. hievor) aber bedeutungslosen - Frage, inwieweit das Bundesverwaltungsgericht ein kantonalrechtliches Verbot der reformatio in peius aufheben darf, beachte BGE 102 Ib 282 ff. (= Pra. 66 (1977) Nr. 10).

4. KAPITEL

DIE WICHTIGSTEN RECHTSMITTELVERFAHREN IN DER ARBEITSGESETZLICHEN VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

LITERATUR: Eduard BOSSHART, Zürcherische Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zum Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Zürich 1960; zit. Kommentar); Fritz GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege (Bern 1979; zit. Bundesverwaltungsrechtspflege); Walther HUG (Herausgeber), Kommentar zum Arbeitsgesetz (Bern 1971; zit. Bearbeiter in HUG); Alfred KOELZ, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (Zürich 1978; zit. Kommentar); Manfred REHBINDER, (Kurzkommentar zum) Arbeitsgesetz (3. Auflage, Zürich 1982; zit. Arbeitsgesetz); Peter SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes (Basel/Stuttgart 1979; zit. Verwaltungsverfahrenrecht).

Unabdingbare Voraussetzung aller Verwaltungsrechtspflegeverfahren ist der Erlass einer Verfügung, der den Abschluss des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens bildet (1). Arbeitsgesetzliche Verfügungen werden - je nach Aufteilung der Vollzugskompetenzen (2) - entweder von einer Bundes- oder einer kantonalen Behörde erlassen. Das Arbeitsgesetz enthält eine Grundsatzbestimmung, die jedoch das nichtstreitige Verwaltungsverfahren als solches nicht berührt; geregelt werden in Art. 50 I ArG lediglich Form und Inhalt der arbeitsgesetzlichen Verfügungen.

Auch Art. 50 I ArG steht in Konkurrenz mit der allgemeinen Regelung des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes (3) und allfällig anderslautenden kantonrechtlichen Normen. Beider Geltungsbereich ist deshalb zu untersuchen, und zwar in bezug auf die verschiedenen Vor-

1) Vgl. hierzu sowie zum Begriff des "nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens" vorne § 19 vor N 64.

2) Vgl. hierzu vorne § 20.

3) Besonders zu Art. 34 ff. VwVG.

schriften, die den Erlass einer Verfügung oder eines Entscheides über eine angefochtene Verfügung hinsichtlich Form und Inhalt beschlagen (4). In diesem Zusammenhang sollen auch die wichtigsten arbeitsgesetzlichen Rechtsmittelverfahren - Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor Bundesinstanzen und (als Beispiel einer kantonalrechtlichen Regelung) der Zürcher Rekurs - kurz und mit Schwergewicht auf ihre Formvorschriften behandelt werden.

§ 29 VERBINDUNG DER WICHTIGSTEN ARBEITSGESETZLICHEN RECHTSMITTELVERFAHREN

Sobald eine arbeitsgesetzliche Verfügung von einer kantonalen Arbeitsbehörde ausgeht, muss sie gemäss Art. 56 I ArG innerhalb des Kantons mindestens einer Rechtspflegeinstanz zur Ueberprüfung vorgelegt werden können. Diese Ueberprüfung wird fortan "innerkantonales Rechtsmittelverfahren" genannt werden, obschon das eigentliche Verfahren - wie gezeigt worden ist - verschiedentlich durch Bundesrecht beeinflusst wird (5). Im Kanton Zürich gibt es folglich in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege nur ein innerkantonales Rechtsmittelverfahren.

Sind die innerkantonalen Rechtsmittelverfahren erschöpft, geht die weitere Rechtspflegekompetenz - da das Arbeitsgesetz Bundesrecht ist - auf Instanzen des Bundes über; der letztinstanzliche kantonale Entscheid wird also durch eine Bundesverwaltungsbehörde oder das

4) Art. 50 I ArG hatte vor Erlass des VwVG und Revision des OG auch Form und Inhalt von Rechtsmittelentscheiden der arbeitsgesetzlichen Rechtspflegeinstanzen des Bundes bestimmt; für kantonale Rechtsmittelentscheide findet sich die entsprechende Regelung in Art. 56 I ArG. Zur Eröffnung von Rechtsmittelentscheiden vgl. Ziff. 2. hienach.

5) Der Begriff "innerkantonales Rechtsmittelverfahren" soll vielmehr zum Ausdruck bringen, dass am Anfang und Ende dieser Verfahren eine Verfügung bzw. ein Entscheid einer kantonalen arbeitsgesetzlichen (Rechtspflege)Behörde steht.

Bundesgericht überprüft. Diese an das innerkantonale Rechtsmittelverfahren anschliessende Rechtspflege wird in dieser Arbeit als "übergreifendes Rechtsmittelverfahren" bezeichnet (6).

Analog zu den innerkantonalen gibt es in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege auch "innereidgenössische Rechtsmittelverfahren". Sie beginnen entweder mit der Anfechtung einer von einer Bundesbehörde erlassenen Verfügung oder mit dem Weiterzug eines bundesbehördlichen Rechtsmittelentscheides (7) und enden jeweils mit der Fällung eines (neuen) Rechtsmittelentscheides durch eine Bundesinstanz.

Das im Rahmen dieser Arbeit interessierende innerkantonale Rechtsmittelverfahren ist der Rekurs, den das Verwaltungsrechtspflegesetz des Kantons Zürich gegen arbeitsgesetzliche Verfügungen vorsieht. Sowohl übergreifende als auch innereidgenössische Rechtsmittelverfahren können in einer Bundesverwaltungs- oder Bundesverwaltungsgerichtsbeschwerde bestehen. Dabei ist zu beachten, dass der Bundesgesetzgeber mit der Schaffung des VwVG und der Revision des OG die "Konzeption eines grundsätzlich zweistufigen Anfechtungsstreitverfahrens" (8) verwirklichen wollte.

Die Idee hinter dieser Konzeption der innereidgenössischen Rechtsmittelverfahren steht in direktem Zusammenhang mit den bereits aufgezeigten Unterschieden bezüglich der Kognition der verschiedenen Rechtsmittelinstanzen (9). Da nämlich das Bundesgericht in seiner Prüfungszuständigkeit einer angefochtenen arbeitsgesetzlichen Verfügung grund-

6) Es zeichnet sich nach dem Gesagten also dadurch aus, dass an seinem Anfang der Entscheid der letzten kantonalen arbeitsgesetzlichen Rechtsmittelinstanz steht, sein Ende aber in einem Rechtsmittelentscheid einer Bundesinstanz liegt.

7) Dieser Entscheid kann wiederum das Ende eines übergreifenden oder eines erstinstanzlichen innereidgenössischen Rechtsmittelverfahrens sein.

8) Fritz GYGI, System der Verwaltungsrechtspflege, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (Festschrift Basel 1975) 197 ff., 208.

9) Vgl. hiezu vorne § 26 2.

sätzlich auf Rechtsfragen und Sachverhaltsfeststellung beschränkt ist (10), soll der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein arbeitsgesetzliches Rechtsmittelverfahren (11) mit umfassender Kognition der angerufenen Instanz (12) – ein Bundesverwaltungsbeschwerdeverfahren also – vor-
ausgehen. Die "Konzeption eines grundsätzlich zweistufigen Anfechtungs-
streitverfahrens" wird in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege
nur dann durchbrochen, wenn entweder das einzig gegebene innereid-
genössische (13) oder das übergreifende Rechtsmittelverfahren vermittels
Verwaltungsgerichtsbeschwerde direkt vor das Bundesgericht führt. Sei-
nen Niederschlag im Gesetz hat das Zweistufensystem in Art. 102 lit.
d OG gefunden. Diese Norm bestimmt unter der Marginale "Subsidiarität
der Verwaltungsgerichtsbeschwerde" nämlich, dass besagtes Rechtsmittel
unzulässig sei, wenn (irgendeine) vorgängige Beschwerde oder Einspra-
che offen stehe (14).

Verbindungsglied der beschriebenen drei Kategorien von Rechts-
mittelverfahren ist die Verfügung (15). In Abhängigkeit der funktionel-

10) Dies folgt aus Art. 104 lit. a und b i.V.m. Art. 105 II OG.

11) Dabei spielt es grundsätzlich einmal keine Rolle, ob dieses Rechts-
mittelverfahren ein übergreifendes oder innereidgenössisches ist.

12) In diesem Zusammenhang muss nochmals darauf hingewiesen werden,
dass die Kognition der mit Verwaltungsbeschwerde angerufenen Bun-
desbehörde bezüglich der Unangemessenheitsprüfung dann einge-
schränkt ist, "wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz
verfügt hat" (Art. 49 lit. c VwVG); m.a.W. wenn sich die Verwal-
tungsbeschwerde im Zuge der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechts-
pflege als übergreifendes Rechtsmittelverfahren darstellt. Ist die
Verwaltungsbeschwerde jedoch ein innereidgenössisches Rechtsmittel-
verfahren, kann die arbeitsgesetzliche Verfügung auch hinsichtlich
ihrer Angemessenheit überprüft werden.

13) "Unter Umgehung des sonst vorgeschalteten Verwaltungsverfahrens"
(REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 55 ArG).

14) Die anderen in Art. 102 lit. a-c OG genannten, der Verwaltungsge-
richtsbeschwerde vorgehenden Rechtsmittel sind für die arbeitsge-
setzliche Verwaltungsrechtspflege ohne Bedeutung; zu Art. 102 OG
vgl. hinten § 31 2. nach N 8. Wie aber bereits gezeigt worden ist,
fällt diesbezüglich auch die in Art. 102 lit. d OG genannte Ein-
sprache ausser Betracht (vgl. hiezu vorne § 23 1.).

15) Vgl. zur funktionellen Gleichsetzung von Verfügung und Entscheid
in der Verwaltungsrechtspflege vorne § 17 bei N 1 und § 19.

§ 29/1.1.

len Stellung einer Verfügung innerhalb dieser arbeitsgesetzlichen Rechtspflegeverfahren enthalten sowohl Arbeitsgesetz als auch VwVG/OG gewisse Vorschriften bezüglich Form und Inhalt dieser Verfügung; sie sollen im folgenden näher betrachtet werden.

1. Verfügungen gemäss Art. 50 I ArG und VwVG/OG

Art. 50 I ArG hatte ursprünglich - d.h. vor Erlass des VwVG - ein zweifaches Wirkungsfeld: Erstens regelte er die Eröffnung von Verfügungen durch Arbeitsbehörden in Bund sowie Kantonen (16) und zweitens beschlug er die Eröffnung von Entscheiden arbeitsgesetzlicher Rechtsmittelinstanzen des Bundes (17). Art. 34-38 VwVG bestimmen heute jedoch ebenfalls, wie und mit welchem Inhalt Bundesbehörden Verfügungen zu eröffnen hätten.

1.1. VERFUEGUNGEN KANTONALER ARBEITSBEHOERDEN

Aus dem Vorstehenden folgt, dass sich Form und Inhalt einer am Ende eines nichtstreitigen kantonalen Verwaltungsverfahrens stehenden arbeitsgesetzlichen Verfügung auch heute noch nach Art. 50 I ArG bestimmen (18). Solche Verfügungen sind demnach "den Betroffenen, deren

16) Damit sind Verfügungen als Schlusspunkt eines nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens in Bund und Kanton gemeint. Da das nichtstreitige Verwaltungsverfahrens nach herrschender Ansicht (vgl. aber vorne § 12 Anm. 22) nicht zur Verwaltungsrechtspflege gehört, bleibt es in dieser Arbeit unbehandelt; eine summarische Darstellung des arbeitsgesetzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens findet sich bei JAGMETTI in HUG N 3 ff. zu Art. 50 ArG.

17) Vgl. Anm. 4 hievor.

18) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 50 ArG. Dies würde sogar dann gelten, wenn Art. 50 I ArG der allgemeinen Regelung des VwVG widersprechen würde (vgl. JAGMETTI in HUG N 7 der Vorbemerkungen vor Art. 50 ArG).

Rechte und Pflichten geregelt werden, schriftlich mitzuteilen" (19). Eine Begründung und Rechtsmittelbelehrung muss die Verfügung aber nur enthalten, wenn "durch (sie) ein Gesuch ganz oder teilweise abgelehnt wird" (20). Diese Einschränkung der Begründungs- und Rechtsmittelbelehrungspflicht lässt sich gegenüber dem Verfügungsadressaten wohl vertreten, die dem Arbeitsgesetz unmittelbar vorausgegangenen Entwürfe hatten allerdings weiterreichende Regelungen enthalten (21).

Die allfällige Rechtsmittelbelehrung muss gemäss Art. 50 I ArG Aufschluss über "Beschwerderecht, Beschwerdefrist und Beschwerdeinstanz" geben. Was unter dem "Beschwerderecht" zu verstehen sei, lässt sich weder der Literatur noch den Materialien zum Arbeitsgesetz entnehmen. Es drängt sich allerdings der Schluss auf, dass es sich dabei um die Angabe des zur Anfechtung dienenden ordentlichen Rechtsmittels handeln müsse (22). Die ebenfalls anzugebende Beschwerdefrist ist in Art. 56 I ArG für die Kantone i.S. einer Minimalvorschrift verbindlich auf dreissig Tage festgelegt (23). Dies ist besonders für den Kanton Zürich von Bedeutung, beträgt doch dort die Rekursfrist norma-

19) REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 50 ArG. Die von ihm an derselben Stelle vorgenommene Umschreibung der "Betroffenen" darf nicht mit den Legitimationsvoraussetzungen der Betroffenenbeschwerde (vgl. hierzu vorne § 27 3.1., insbesondere 3.1.1.) verwechselt werden. Der Kreis derer, welchen eine Verfügung eröffnet werden muss, kann durch spezielle Vorschriften erweitert werden (vgl. Art. 25 III, 27 III und 76 III ArGVO I) oder sich aus der behaupteten oder vermuteten Beschwerdelegitimation ergeben (vgl. hierzu Ziff. 1.2. nach N 33 hienach).

20) Art. 50 I 2. Satz ArG.

21) Vgl. Art. 70 I VEzArG, nach welchem eine Verfügung in jedem Fall zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen gewesen wäre, und Art. 46 I EzArG, der wenigstens noch eine allgemeine Begründungspflicht vorgesehen hatte. Nach Art. 46 I EzArG hätte demnach - entgegen der Äusserung JAGMETTIs (in HUG N 20 zu Art. 50 ArG a.A.) - nur die Begründungspflicht vorbehaltlos gegolten.

22) Vgl. Art. 35 II VwVG. In Zürich wäre dies der Rekurs gemäss § 19 ff. VRG (vgl. hierzu vorne § 26 I. nach N 148).

23) "Kantonales Recht kann also nicht (eine) kürzere Beschwerdefrist vorsehen..." (Rudolf CANNER/René SCHOOP, (Kurzkommentar zum) Arbeitsgesetz (2. Auflage, Zürich 1976) Anm. 2 zu Art. 56 ArG a.A.).

§ 29 1.1./1.2.

lerweise nur zwanzig Tage (24). Die i.A. von Art. 50 I ArG in einer allfälligen Rechtsmittelbelehrung im weiteren zu nennende Beschwerdeinstanz ist im Kanton Zürich der Regierungsrat (25).

1.2. VERFUEGUNGEN EIDGENOESSISCHER ARBEITSBEHOERDEN

Erlässt eine Arbeitsbehörde der Bundesverwaltung (26) als Abschluss eines nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens eine Verfügung, beurteilen sich deren Form und Inhalt heute nach Art. 34-38 VwVG. Die detaillierte Regelung des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes hat nämlich - was die Eröffnung von Verfügungen durch Bundesbehörden anbelangt - Art. 50 I ArG ersetzt (27). Da "die Regelung (des VwVG) indessen nur unwesentlich von derjenigen des ArG abweicht" (28), kann auf das vorher Gesagte verwiesen werden.

Ueber die grundsätzliche Ordnung der Verfügungseröffnung hinaus, in welcher Art. 34-38 VwVG und Art. 50 I ArG übereinstimmen, enthält das Bundesverwaltungsverfahrensgesetz Vorschriften über die

24) Vgl. § 22 I VRG. "Die zwanzigtägige Frist gilt auch für das von den kantonalen Verwaltungsbehörden anzuwendende Bundesrecht, sofern letzteres nicht ausdrücklich abweichende Fristen vorsieht" (KOELZ, Kommentar N 1 zu § 22 VRG a.E.). Inwieweit der Verfügungsadressat auf eine falsch angegebene Rechtsmittelfrist vertrauen darf, ergibt sich u.a. aus ZR 80 (1981) Nr. 49 und BGE 106 Ia 13 ff.

25) Vgl. hiezu vorne § 21 2.

26) In Frage kommen das BIGA, die Eidgenössischen Arbeitsinspektorate und der Arbeitsärztliche Dienst (vgl. hiezu vorne § 20 1.3. und 1.4.).

27) Vgl. JAGMETTI in HUG N 19 zu Art. 50 ArG; REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 50 ArG.

28) JAGMETTI in HUG N 19 zu Art. 50 ArG a.E.

Eröffnung von Zwischenverfügungen (29), die Betitelung einer in Briefform eröffneten Verfügung (30), den Verzicht auf Begründung und Rechtsmittelbelehrung (31), die amtliche Publikation (32) und die Amtssprache (33).

Eine wichtige Weiterung des Art. 34 I VwVG, der bestimmt, dass Verfügungen den Parteien zu eröffnen seien, statuiert SALADIN im Zusammenhang mit der Beschwerdelegitimation Dritter (34). Ueberhaupt kann die Eröffnungspflicht - über den eigentlichen Parteibegriff (35) hinaus - durch Spezialvorschrift ausgedehnt werden (36).

-
- 29) Vgl. Art. 34 II VwVG. Zwischenverfügungen gelten als Verfügung (vgl. Art. 5 II VwVG); sie sind jedoch nur dann "selbständig durch Beschwerde anfechtbar, (wenn) sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können" (Art. 45 I VwVG). Eine nicht abschliessende Aufzählung solcher selbständig anfechtbarer Zwischenverfügungen findet sich in Art. 45 II VwVG.
- 30) Vgl. Art. 35 I VwVG.
- 31) Vgl. Art. 35 III VwVG. Entgegen der Ansicht JAGMETTIs (in HUG N 20 zu Art. 50 ArG) kann auf Begründung und Rechtsmittelbelehrung nur verzichtet werden, wenn den Parteibegehren voll entsprochen worden ist und zusätzlich eine Begründung nicht verlangt wird (vgl. SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht 17.22 S. 145). Zum Anspruch auf Begründung einer Verfügung vgl. letztgenannten, Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (Festschrift Basel 1975) 41 ff., 47/48.
- 32) Vgl. Art. 36 VwVG. Die Behörde ist zur amtlichen Publikation verpflichtet, "wenn ... die Parteien de facto gar nicht umfassend-spezifisch ermittelt, wenn also Verfügungen de facto gar nicht lückenlos individuell eröffnet werden können (oder) wenn eine Verfügung mangels Zustellbarkeit nicht 'wirksam' individuell eröffnet werden kann..." (SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht 17.212).
- 33) Vgl. Art. 37 VwVG; diese Vorschrift bezieht sich auch direkt auf die Verfügungseröffnung letzter kantonalen Instanzen.
- 34) Vgl. hiezu SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht 17.211; zur Legitimation gemäss Arbeitsgesetz siehe vorne § 27 3. Die in Anm. 19 hievor erwähnte Aussage REHBINDERS ist demnach wohl zu relativieren.
- 35) Der Parteibegriff des Bundesverwaltungsverfahrens wird in Art. 6 VwVG definiert.
- 36) Z.B. Art. 78 II und 82 II ArGVO I sowie Art. 103 lit. b OG (zur Behördenbeschwerde gemäss Art. 103 lit. b OG vgl. vorne § 27 3.3.).

§ 29 1.2.

Das gemäss Art. 35 II VwVG in der allfälligen Rechtsmittelbelehrung zu bezeichnende ordentliche Rechtsmittel ist entweder die Verwaltungs- oder die Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die ebenfalls zu nennende Rechtsmittelinstanz kann beim zweitgenannten Rechtsmittel nur das Bundesgericht sein, beim erstgenannten sind je nach verfügender Behörde verschiedene Möglichkeiten gegeben (37). Die Rechtsmittelfristen, die in einer allfälligen Rechtsmittelbelehrung auch nicht fehlen dürfen, sind für beide Rechtsmittel dieselben: gegen Verfügungen dreissig Tage und gegen selbständig anfechtbare Zwischenverfügungen zehn Tage (38).

"Aus mangelhafter Eröffnung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen" (39). Dieser Grundsatz folgt aus dem Anspruch des Bürgers auf Vertrauensschutz, der selbst wieder ein Ausfluss des Verfassungsprinzips des behördlichen Verhaltens nach Treu und Glauben ist (40). Grundsätzlich sollen alle formellen Anforderungen an eine Verfügung gewährleisten, "dass die Behörden überzeugende ... Entscheidungen treffen, ihre Glaubhaftigkeit gegenüber Aussenstehenden fördern und den Betroffenen umfassende Rechte zur Vertretung ihrer persönlichen Interessenlage einräumen" (41).

37) Zur Rechtspflegekompetenz der verschiedenen arbeitsgesetzlichen Bundesverwaltungsbehörden vgl. vorne § 21 1.2. ff.; die genaue Kompetenzzuweisung wird später erfolgen.

38) Vgl. Art. 50 VwVG; Art. 106 I OG. Die zehntägige Anfechtungsfrist läuft gegen Zwischenverfügungen im Falle der schriftlichen Bestätigung nach mündlicher Eröffnung erst ab Zugang des Schriftsatzes (Art. 34 II VwVG a.E.). Für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Zwischenverfügungen gelten gemäss Art. 101 lit. a OG die selben Ausschlussgründe wie gegen Verfügungen (Art. 99-102 OG).

39) Art. 38 VwVG; vgl. auch Art. 107 III OG. Zu den Folgen einer mangelhaften Verfügungseröffnung beachte die differenzierten Ausführungen SALADINS (Verwaltungsverfahrenrecht 17.24); beachte auch die in Anm. 24 hievor angeführten Entscheide.

40) Vgl. hiezu GYG, Bundesverwaltungsrechtspflege 42; siehe auch vorne § 15 Anm. 21.

41) Thomas FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (2. Auflage, Zürich 1980) § 23 N 78.

2. Rechtsmittelentscheide gemäss Art. 50 I und 56 II ArG sowie VwVG/OG

Art. 50 I ArG hatte vor Erlass des VwVG und der Revision des OG auch die Eröffnung bundesbehördlicher Rechtsmittelentscheide in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten geregelt (42), wogegen die Eröffnung von Entscheiden kantonaler arbeitsgesetzlicher Rechtsmittelinstanzen gemäss Art. 56 II ArG zu erfolgen hatte. Beide Normen sind heute - in Anbetracht der allgemeinen bundesrechtlichen Ordnung - auf ihre Gültigkeit zu untersuchen.

2.1. ARBEITSGESETZLICHE RECHTSMITTELENTSCHEIDE EINER BUNDESINSTANZ

2.1.1. Bundesverwaltungsbehörden

Die bereits beschriebene allgemeine Regelung der Verfügungseröffnung der Art. 34-38 VwVG gilt gemäss Art. 1 I VwVG auch für "Verfahren, die durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden ... auf Beschwerde zu erledigen sind"; sie hat folglich auch bezüglich der Eröffnung eines Rechtsmittelentscheides Art. 50 I ArG ersetzt (43). Ergänzt wird die besagte Regelung noch durch Art. 61 II und III VwVG.

I.A. von Art. 61 II VwVG ist ein Beschwerdeentscheid immer zu begründen, da ein die absolute Begründungspflicht einschränkender Vorbehalt, wie ihn Art. 35 III VwVG für erstinstanzliche Verfügungen enthält, fehlt (44). Aus der Tatsache, dass Art. 61 II VwVG eine Rechtsmittelbelehrung nicht zum Inhalt des Beschwerdeentscheides zählt,

42) Vgl. Ziff. 1. vor N 17 und Anm. 4 hievor.

43) Vgl. Ziff. 1.2. vor N 27 sowie die entsprechende Anmerkung hievor.

44) Hätte der Bundesgesetzgeber auch bei Beschwerdeentscheiden eine Art. 35 III VwVG entsprechende relative Begründungspflicht genügen lassen wollen, wäre Art. 61 II VwVG diesbezüglich überflüssig.

§ 29 2.1.1./2.1.2.

darf keinesfalls geschlossen werden, diese müsse nicht angegeben werden; in dieser Frage wirkt Art. 35 VwVG dank der Geltungsvorschrift des Art. 1 I VwVG direkt auf die Eröffnung von verwaltungsinternen Rechtsmittelentscheiden (45).

Art. 61 III VwVG bringt bezüglich der Adressaten, denen der Rechtsmittelentscheid zu eröffnen ist, gegenüber Art. 34 I VwVG (46) eine zusätzliche Ausdehnung hinsichtlich der Vorinstanz. Es handelt sich hierbei aber mehr um eine reine Information, denn die Vorinstanz ist nie zum Weiterzug eines gegen ihre Verfügung gerichteten Entscheides befugt (47). Ein völlig anderer Fall liegt vor, wenn die Rechtsmittelinstanz die Beschwerdesache "ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück(weist)" (48).

2.1.2. Bundesgericht

Die Art. 34-38, 61 II und III VwVG gelten gemäss Art. 1 I VwVG nur für die Eröffnung eines Entscheides einer verwaltungsinternen Rechtspflegeinstanz (49). Form und Inhalt eines Bundesgerichtsentscheides in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten richten sich folglich nach den Vorschriften des OG; massgebend sind die Art. 37 und 114 IV OG.

45) Vgl. hiezu SALADIN, *Verwaltungsverfahren* 23.22. Da die Begründungspflicht eines Beschwerdeentscheides unabhängig vom Parteiwillen (vgl. Art. 35 III VwVG und Anm. 44 hievor) besteht, ist auch die Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung eine absolute.

46) Vgl. hiezu Ziff. 1.2. nach N 33 hievor.

47) Vgl. hiezu GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege* 121.

48) Art. 61 I VwVG. Auch ein solcher Rückweisungsentscheid ist ein Beschwerdeentscheid i.S. von Art. 61 VwVG und somit eine Verfügung (vgl. Art. 5 II VwVG).

49) Eine hier nicht interessierende Ausnahme statuiert lediglich Art. 1 II lit. b VwVG. Es sei aber immerhin bemerkt, dass das Bundesgericht durch diesen Geltungsvorbehalt nicht zur "Bundesverwaltungsbehörde" wird, sondern nur als solche gilt (gesetzliche Fiktion!).

Das bundesgerichtliche Eröffnungsverfahren kann in zwei Phasen zerfallen: In der ersten wird den bei der Urteilsverkündung nicht anwesenden Parteien "die Entscheidung des Bundesgerichts ohne Verzug im Dispositiv mitgeteilt" (50); in der zweiten Phase wird "die vollständige Ausfertigung mit Angabe der mitwirkenden Richter den Parteien und der Behörde mitgeteilt, deren Entscheid angefochten worden war" (51). Die Amtssprache, in welcher die vollständige Ausfertigung zu erfolgen hat, bestimmt sich nach Art. 37 III OG.

Die Eröffnungsformel des Art. 37 II OG wird durch Art. 114 IV OG ergänzt. Die Angabe einer Rechtsmittelbelehrung ist dagegen nicht vorgesehen, da in ihr – in analoger Anwendung von Art. 35 II VwVG – stets nur ein ordentliches Rechtsmittel zu bezeichnen wäre (52).

2.2. ARBEITSGESETZLICHE RECHTSMITTELENTSCHEIDE KANTONALER INSTANZEN

Art. 56 II ArG hatte ursprünglich für die Eröffnung arbeitsgesetzlicher Rechtsmittelentscheide aller kantonalen Rechtspflegeinstanzen gegolten. Die allgemeine Ordnung des VwVG konkurrenziert Art. 56 II ArG heute jedoch; allerdings nur mit einer wichtigen Einschränkung: Gemäss Art. 1 III 1. Satz VwVG finden lediglich die Art. 34–38 sowie 61 II und III VwVG über die Eröffnung von Verfügungen auf das Verfahren letzter kantonalen Instanzen, die gestützt auf öffentliches Recht des Bundes nicht endgültig verfügen, Anwendung. Die Entscheideröffnung

50) Art. 37 I OG. Die vorgezogene Dispositiveröffnung ist nötig, weil bis zur vollständigen Redaktion des Entscheides bekanntlich sehr viel Zeit vergehen kann.

51) Art. 37 II OG. Die vollständige Ausfertigung erfolgt selbstverständlich schriftlich (vgl. Art. 141 I OG).

52) Es gibt keine ordentliche Rechtsmittel gegen Bundesgerichtsentscheide. Eine detaillierte Zusammenstellung des notwendigen Inhalts eines Bundesverwaltungsgerichtsentscheides findet sich bei GYGI (Bundesverwaltungsrechtspflege 236/237).

§ 29 2.2.

unterer Rechtsmittelinstanzen der Kantone, die in ihrer arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege einen eigentlichen Instanzenzug vorsehen (53), richtet sich demnach auch heute noch nach Art. 56 II ArG (54). Die allgemeine Regelung des VwVG kann höchstens zur Auslegung dieser arbeitsgesetzlichen Norm herangezogen werden.

Anders verhält es sich dann, wenn der kantonale Rechtsmittelentscheid am Anfang eines übergreifenden Rechtsmittelverfahrens (55) steht. Hier bestünde grundsätzlich die Gefahr, dass sich die jeweils zuständige eidgenössische Rechtsmittelinstanz mit formell und inhaltlich sehr verschiedenen Entscheiden herumzuschlagen hätte (56). Deshalb statuiert der schon oft zitierte Art. 1 III VwVG die Anwendbarkeit der bundesrechtlichen Verfügungseröffnungsordnung auch auf Rechtspflegeverfahren der letzten kantonalen Instanz, soweit die Möglichkeit eines deren Entscheid weiterziehenden Bundesrechtsmittels gegeben ist. Folglich kann es bezüglich der formellen und inhaltlichen Anforderungen an den kantonal-letztinstanzlichen Entscheid auch keine Rolle spielen,

-
- 53) Es sind dies von den 26 Ganz- und Halbkantonen immerhin deren 18 (vgl. Anhang II der amtlichen Textausgabe des Arbeitsgesetzes, Stand am 1. Juni 1980); zum Ganzen siehe auch vorne § 21 2. Man sollte in diesem Zusammenhang nicht vergessen, dass auch der Kanton Zürich bis 1972 einen zweistufigen Rechtspflegeweg in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten besass (vgl. vorne § 21 2.3.).
- 54) Deshalb ist die Aussage REHBINDERs (Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 50 ArG), Art. 50 ArG sei ... heute im Bereich der kantonalen Rekursinstanzen durch Art. 61 II und III VwVG ersetzt, hinsichtlich der Entscheideröffnung in verschiedenen Punkten ungenau: Erstens derogieren nämlich heute nicht nur Art. 61 II und III, sondern auch 34-38 VwVG die diesbezügliche arbeitsgesetzliche Regelung für kantonale Rechtspflegebehörden, zweitens erfasst diese Derogation gemäss Art. 1 III VwVG nur die letzten, nicht endgültig verfügenden kantonalen Instanzen und drittens galt in bezug auf die kantonale Entscheideröffnung nie Art. 50 I, sondern eben Art. 56 II ArG.
- 55) Vgl. zu diesem Begriff vor N 6 hievor.
- 56) Dass diese Gefahr gerade im Bereich des Arbeitsgesetzes, das durch Art. 56 II ArG auch die Eröffnung letzter kantonomaler Rechtspflegeentscheide für alle Stände einheitlich regeln würde, nicht sehr gross ist, wird allgemein übersehen.

ob dieser mit "Bundesverwaltungs- oder Bundesverwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden kann (57).

Die Schlussfolgerung aus dem Vorstehenden muss demnach sein, dass Art. 56 II ArG im Bereich der letzten kantonalen Instanz durch Art. 34-38 sowie 61 II und III VwVG ersetzt worden ist (58). Besonders hervorzuheben ist nur noch, dass i.A. von Art. 37 VwVG letzte kantonale Instanzen Verfügungen (59) "in der nach kantonalem Recht vorgeschriebenen Amtssprache" eröffnen müssen; auch haben diese ihre Entscheide gemäss Art. 103 lit. b OG dem EVD (60) "sofort und unentgeltlich mitzuteilen (, wenn gegen sie) Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist".

57) "Die reibungslose Abwicklung des streitigen Verfahrens vor Bundesbehörden soll damit gewährleistet werden" (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, BBl. 1965 II 1348 ff., Erläuterung zu Art. 1 III EzVwVG, 1360); vgl. hiezu auch die Kritik SALADINS (Verwaltungsverfahrenrecht 9.262 ff.).

58) Vgl. hiezu JAGMETTI in HUG N 6 der Vorbemerkungen vor Art. 50 ArG; REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 56 ArG.

59) Und damit auch Rechtsmittelentscheide.

60) Zur Zuständigkeit des EVD bezüglich der eigentlichen Behördenbeschwerde i.A. von Art. 103 lit. b OG siehe vorne § 27 3.3. nach N 70.

§ 30 REGELUNG DER WICHTIGSTEN ARBEITSGESETZLICHEN RECHTSMITTELVERFAHREN

Mit Ausnahme der bereits behandelten Vorschriften in bezug auf Suspensiveffekt, Legitimation, Anfechtungsfrist und sowohl Verfügungs- als auch Entscheideröffnung enthält das Arbeitsgesetz keine auf die Regelung der Rechtsmittelverfahren ausstrahlenden Vorschriften. Diesbezüglich bestimmt Art. 56 II 2. Satz ArG nur noch, dass sich das Verfahren im übrigen nach kantonalem Recht richte. Für Bundesverwaltungs- und Bundesverwaltungsgerichtsbeschwerde sind die entsprechenden Vorschriften in VwVG/OG zu suchen (61).

Im folgenden werden lediglich die Verfahrensvorschriften beschrieben werden, die entweder in erster Linie vom Rechtsmittelkläger zu beachten oder deren Kenntnis für diesen sonst von Bedeutung sind. Im einzelnen handelt es sich dabei um Fragen rund um die Einleitung eines Rechtsmittelverfahrens und die Stellung des Rechtsmittelklägers in diesem.

1. Rechtsmittelschrift

Für den Rekurs, das arbeitsgesetzliche ordentliche Rechtsmittel im Kanton Zürich (62), sind Form, Inhalt und Einreichung der Rekurschrift in § 22 ff. VRG geregelt. Diese ist schriftlich einzureichen (63), und es muss der Anfechtungswille des Verfassers aus ihr hervorgehen (64). Die Voraussetzung der Schriftlichkeit verlangt, dass die

61) Nicht zu vergessen sind in diesem Zusammenhang die vorne in § 15 aufgezeigten bundesrechtlichen Verfahrensgrundsätze.

62) Vgl. vorne § 26 1. nach N 148.

63) Vgl. § 22 I VRG.

64) Vgl. KOELZ, Kommentar N 7 zu § 23 VRG.

Rekursschrift gültig unterzeichnet sein muss (65). Die Rekurschrift muss lediglich in einfacher Ausführung eingereicht werden.

Die Rekurschrift muss einen begründeten Antrag enthalten, und die angefochtene Verfügung ist beizulegen oder genau zu bezeichnen (66). Entsprechendes gilt für die vom Rekurrenten angerufenen Beweismittel (67). Die Beurteilung der Begründungssubstantiierung liegt weitgehend im Ermessen der Rekursinstanz; die Anforderungen an diese sind insbesondere dann gering, wenn Rechtsunkundige die Rekurschrift verfasst haben (68). "Genügt die Rekurschrift diesen Erfordernissen nicht, so wird dem Rekurrenten eine kurze Frist zur Behebung des Mangels angesetzt unter der Androhung, dass sonst, auf den Rekurs nicht eingetreten würde" (69).

Die formellen und inhaltlichen Anforderungen an die Rechtsmittelschrift, mit der eine Bundesverwaltungsbeschwerde eingeleitet werden soll, bestimmen sich nach Art. 51-53 VwVG. Die Regelung der Bundesverwaltungsgerichtsbeschwerdeschrift enthält Art. 108 OG. Die Rechtsmittelschrift ist gemäss Art. 51 I VwVG im Doppel einzureichen; das Bundesgericht verlangt i.A. von Art. 108 I OG mindestens zwei Exemplare und, wenn die Verfügung einer letzten kantonalen Instanz angefochten wird, mindestens deren drei.

65) Vgl. KOELZ, Kommentar N 5 zu § 23 VRG. "Schriftlichkeit und rechtsgültige Unterzeichnung sind Gültigkeitserfordernisse" (BOSSHART, Kommentar N 3 zu § 23 VRG).

66) Vgl. § 23 I VRG. "Die Vorschrift, den angefochtenen Entscheid beizulegen, ist eine Ordnungsvorschrift. Wesentlich ist nur, dass die angefochtene Anordnung auf Grund der Rekurschrift feststellbar ist" (BOSSHART, Kommentar N 4 zu § 23 VRG).

67) Vgl. § 24 VRG. Auch "diese Bestimmung ist bloss Ordnungsschrift" (KOELZ, Kommentar N 1 zu § 24 VRG).

68) Vgl. zum Ganzen: KOELZ, Kommentar N 1 und 3 zu § 23 VRG. "Antrag und Begründung sind Gültigkeitserfordernisse des Rekurses" (BOSSHART, Kommentar N 1 zu § 23 VRG).

69) § 23 II VRG. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Schriftlichkeitserfordernisse (vgl. KOELZ, Kommentar N 5 zu § 23 VRG).

§ 30 1.

"Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung der angefochtenen Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat" (70). Entspricht sie diesen Anforderungen nicht, so wird dem Beschwerdeführer eine "kurze Nachfrist zur Verbesserung" (71) gewährt, wenn die Beschwerde nicht offensichtlich unzulässig ist.

Kommt der Beschwerdeführer dem Verlangen nicht nach, so wird entsprechend den mit Ansetzung der Nachfrist ergangenen Androhungen auf die Beschwerde nicht eingetreten (72). Im Falle der Verwaltungsbeschwerde ist diese harte Sanktion nur anzudrohen und auszusprechen, wenn Begehren, Begründung oder Unterschrift in der Beschwerdefrist fehlen (73); ansonsten wird im Verwaltungsbeschwerdeverfahren aufgrund der Akten entschieden.

"Wenn auch im Verwaltungsverfahren hinsichtlich Form und Inhalt einer Beschwerde keine hohen Anforderungen gestellt werden und die Einhaltung von Formvorschriften nicht nach strengen Massstäben beurteilt wird, muss vom Rechtsuchenden doch ein Mindestmass an Sorgfalt in der Beschwerdeführung verlangt werden. Soll einer Eingabe nämlich die Wirkung zukommen, dass sie den Eintritt der Rechtskraft hemmt und die Vollstreckung aufschiebt (Art. 55 I VwVG), hat der Beschwerdeführer erkenntlich seinen Willen um Aenderung der ihn betreffenden Rechtslage zum Ausdruck zu bringen" (BGE 102 Ib 372 Erw. 6) (74).

70) Art. 52 I VwVG; Art. 108 II OG.

71) Art. 52 II VwVG; Art. 108 III OG.

72) Vgl. Art. 108 III OG a.E.

73) Vgl. Art. 52 III VwVG.

74) Entsprechendes muss für die Bundesverwaltungsgerichtsbeschwerde gelten. Im einzelnen vgl.: GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 138 ff.; SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht 19.3, 20.4 und 20.6. Zur Unterscheidung von bundesrechtlichen Ordnungs- und Gültigkeitsvorschriften vgl. GYGI, a.a.O. 144/145.

2. Fristwahrung

Die Rekursfrist ist in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungspflege des Kantons Zürich (75) gewahrt, wenn die Rekurschrift "spätestens am letzten Tag der Frist an die (Rekursinstanz gelangt) oder zu deren Händen der schweizerischen Post übergeben" (76) worden ist. Entsprechendes statuieren Art. 21 I VwVG für die Bundesverwaltungsbeschwerde und Art. 32 III OG für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Die fristgerechte Einreichung bei der falschen Behörde zieht keinen Schaden nach sich (77).

Auch die Frage der Wiederherstellung einer veräusserten Frist ist in den drei Rechtspflegeverfahren ähnlich geregelt (78). Ueberhaupt besteht der wohl einzige relevante Unterschied der drei Regelungen darin, dass die Rechtsmittelfrist der Verwaltungsgerichtsbeschwerde während der Gerichtsferien (79) stillsteht. Die verwaltungsinterne Rechtspflege im Kanton Zürich und im Bund hingegen kennt keine analoge Vorschrift (80).

75) Sie beträgt wohlgerneht - entgegen § 22 I VRG - dreissig Tage (vgl. hiezu vorne § 29 1.1. nach N 22).

76) § 11 II VRG.

77) Vgl. § 5 II VRG; Art. 21 II VwVG. Gemäss Art. 32 III 3. Satz OG gilt bei direkter Einreichung beim Bundesgericht "die Frist als eingehalten, selbst wenn die Eingabe bei der kantonalen Instanz einzureichen war".

78) Vgl. § 12 II VRG; Art. 24 I VwVG; Art. 35 I OG.

79) Vgl. Art. 34 OG.

80) Vgl. KOELZ, Kommentar N 5 zu § 22 VRG; GYGI, Bundesverwaltungspflege 50.

3. Unentgeltliche Rechtsmittelverfahren

Die bundesrechtliche Regelung der unentgeltlichen Rechtspflege und Vertretung ist bereits behandelt worden (81). Das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich enthält nur eine Vorschrift über Kosten- und Vorschusserlass (82). Da jedoch das Bundesgericht den Anspruch auf kostenlose Gewährung eines Rechtsbeistandes in der Verwaltungsrechtspflege – wenn auch nur zögernd – zum Verfassungsprinzip erhoben hat (83), haben ihn die Kantone auch ohne eine diesbezügliche Norm zu erfüllen (84).

81) Siehe vorne § 15 1.4. nach N 58.

82) Vgl. § 16 VRG.

83) Vgl. hiezu vorne § 15 1.4. nach N 56 und insbesondere Anm. 58 daselbst.

84) Die Wirkung der Verfassungsprinzipien auf kantonale Verwaltungsrechtspflegeverfahren ist vorne in § 15 2. beschrieben; zum hier speziell interessierenden Anspruch auf unentgeltliche Vertretung vgl. KOELZ, Kommentar N 9 zu § 16 VRG.

IV. ABSCHNITT

ANFECHTUNG ARBEITSGESETZLICHER VERFÜGUNGEN IM EINZELNEN

Wie schon mehrmals erwähnt worden ist, beurteilt sich die zentrale Frage, welche arbeitsgesetzlichen Verfügungen mit welchem Rechtsmittel bei welcher Rechtspflegeinstanz anfechtbar und welche Möglichkeiten eines Weiterzuges der Rechtsmittelentscheide gegeben seien, heute teilweise ausschliesslich nach kantonalem Recht und/oder nach einer Verbindung von Arbeitsgesetz mit VwVG/OG; möglich ist auch, dass die Antwort allein der allgemeinen Ordnung der Bundesverwaltungsrechtspflege entnommen werden muss.

Die Schlüsselposition zur Entfächerung der sachlichen Kompetenzordnung nimmt der Ausnahmenkatalog der Art. 99-102 OG ein; er soll deshalb anschliessend kurz beleuchtet werden. Zusätzlich wird das Zusammenspiel oder die Trennung der bundesverwaltungsinternen und -externen Rechtspflege dem Grundsatz nach aufgezeigt werden. Zum Abschluss muss dann nur noch die eingangs gestellte "zentrale Frage" beantwortet werden, damit sich die allgemeine Unsicherheit über den einzuschlagenden Rechtsmittelweg in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege in Grenzen halte.

1. KAPITEL

UND

§ 31 GRUNDSÄTZE DER SACHLICHEN UND FUNKTIONELLEN KOMPETENZORDNUNG IN DER ARBEITS- GESETZLICHEN VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE

LITERATUR: Fritz GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege (Bern 1979; zit. Bundesverwaltungsrechtspflege); ders., System der Verwaltungsrechtspflege, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (Festschrift Basel 1975) 197 ff. (zit. System).

"Als ein Buch mit sieben Siegeln empfinden nicht wenige die sachliche und funktionelle Zuständigkeitsordnung des Verwaltungsverfahrens und der Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes. Die Rechtsunsicherheit steigert sich bis in die Hemmung hinein, ein Rechtsmittel zu ergreifen, aus der Befürchtung heraus, den falschen Weg einzuschlagen und sich damit mindestens zu blamieren oder die richtige Begründung zu verfehlen ... Die Unsicherheit über den funktionellen Instanzenzug rührt daher, dass die Gesetzestechnik vermitteltst Verweisungen und Rückverweisungen arbeitet" (1).

Im folgenden wird behandelt werden, welche Vorschriften des Ausnahmenkataloges der Art. 99-102 OG für die arbeitsgesetzliche Bundesverwaltungsrechtspflege überhaupt von Bedeutung sind (2). Ausserdem wird gezeigt werden, inwieweit sich Bundesverwaltungs- und Bundesverwaltungsgerichtsbeschwerde gegenseitig ausschliessen oder ergänzen.

1) GYGI, System 206.

2) Zur effektiven Wirkung des Ausnahmenkataloges vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 80/81.

1. Sachliche Kompetenzordnung gemäss Art. 99-101 OG

Die Einzelvorschriften der Art. 99-101 OG lassen sich in relative und absolute Ausschlussnormen unterteilen. Der Unterschied liegt darin, dass ein relativer Zuständigkeitsausschluss grundsätzlich nichts mit der eigentlichen Sachkompetenz des Bundesgerichts innerhalb der Verwaltungsrechtspflege zu tun hat; er folgt vielmehr aus anderen Grundsätzen (3). Die absoluten Ausschlussgründe werden ihrerseits wieder in zwei Gruppen unterteilt: Die einen Angelegenheiten sind wegen ihres überwiegend politischen oder technischen Gehalts der Sachkompetenz des Bundesgerichts entzogen, die anderen aufgrund des der verfügenden Behörde zustehenden grossen Ermessensspielraumes (4).

Eine erste Sichtung der genannten Ausnahmenvorschriften ergibt, dass für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege Art. 99 lit. a, b, d und f-h sowie 100 OG von vorneherein ohne Bedeutung sind. Die Anwendbarkeit von Art. 99 lit. c und e sowie 101 OG auf arbeitsgesetzliche Verfügungen wird weiter hinten untersucht werden.

3) So sind z.B. Verfügungen über die Genehmigung von Erlassen und Plänen (vgl. Art. 99 lit. a und c OG nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar, weil solche Genehmigungen zur Rechtsetzung gehören und die abstrakte Normenkontrolle hinsichtlich Bundesrecht nicht gegeben ist. Auch die Unanfechtbarkeit von Zwischenverfügungen ist nur relativ; wo sie vorliegt, folgt dies aus dem Grundsatz der Prozesseinheit. Vgl. zum Ganzen GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 81/82.

4) Vgl. die Zuteilung bei GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 82/83.

2. Funktionelle Kompetenzordnung gemäss VwVG/OG

Die funktionelle Kompetenzordnung regelt den Instanzenzug, den der Rechtsuchende mit einem ordentlichen Rechtsmittel von der ersten bis zur letzten Instanz zu durchlaufen hat (5). Die erste Instanz i.S. der vorstehenden Aussage kann in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege des Bundes entweder eine letzte kantonale (Rechtsmittel)Instanz oder eine Bundesarbeitsbehörde sein; die letzte ist immer entweder das Bundesgericht oder der Bundesrat (6). Gemäss GYGI "lassen sich aus den massgebenden Bestimmungen ... zwei einfache Regeln ableiten, nämlich, dass:

- a) das Anfechtungsverfahren in einer bestimmten Streitsache entweder beim Bundesrat oder Bundesgericht ausmündet,
- b) die Beschwerde an den Bundesrat oder das Bundesgericht in einer Sache erst möglich ist, wenn der Verwaltungsweg zuvor durchlaufen wurde" (7).

Die funktionelle Zuständigkeit des Bundesgerichts wird auch durch Art. 102 OG geregelt. Diese Norm steht zwar unter der Marginale "Subsidiarität der Verwaltungsgerichtsbeschwerde"; trotzdem geht es hierbei um sachliche und funktionelle Kompetenzfragen (8). Von Art. 102 OG

5) Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 88.

6) Der Bundesrat kann Entscheide des Bundesgerichts nicht überprüfen, weil dieses - aus Gründen der Gewaltentrennung - in Art. 72 VwVG nicht genannt wird; umgekehrt ist immerhin Art. 98 lit. a OG - allerdings nicht für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege - zu beachten.

7) GYGI, System 207.

8) "Oft ist fälschlich von Subsidiarität die Rede, wo es in Wirklichkeit um eine Abgrenzung der sachlichen oder funktionellen Zuständigkeit geht" (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege 172).

ist sicherlich nur lit. d für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege zu beachten, soweit es nicht um die Einsprache geht (9).

Geht ein Verfahren der Bundesverwaltungsrechtspflege von einer Verfügung (Entscheid) einer letzten kantonalen Instanz aus, ist grundsätzlich direkt Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben; Ausnahmen von dieser Regel müssen spezialgesetzlich vorgeschrieben werden. Kommt das Bundesgericht aufgrund der Sachkompetenzausscheidung der Art. 99-101 OG als Rechtsmittelinstanz nicht in Frage, ist normalerweise Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat angezeigt; auch hier kann eine untere Bundesverwaltungsbehörde nur durch spezielle Bundesrechtsvorschriften dazwischengeschaltet werden (10). Die funktionelle Zuständigkeit des Bundesgerichts als Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen (Entscheide) einer Bundesarbeitsbehörde richtet sich nach Art. 98 OG (11).

9) Die allenfalls unter Art. 102 lit. a OG zu subsumierenden Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde, die in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege grundsätzlich zur Verfügung stehen (vgl. hiezu vorne § 24 3.), werden nicht weiter untersucht; die in Art. 102 lit. d OG genannte Einsprache gibt es in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege bekanntlich nicht (vgl. hiezu vorne § 29 Anm. 14 mit Verweisungen).

10) Vgl. hiezu GYG1, System 212.

11) Vgl. zum Ganzen vorne § 21 1.1.

2. KAPITEL

ORDENTLICHE RECHTSMITTELVERFAHREN GEGEN DIE VERSCHIEDENEN ARBEITSGESETZLICHEN VERFÜGUNGEN

LITERATUR: Rudolf CANNER/René SCHOOP, (Kurzkommentar zum) Arbeitsgesetz (2. Auflage, Zürich 1976; zit. Arbeitsgesetz); Walther HUG (Herausgeber), Kommentar zum Arbeitsgesetz (Bern 1971; zit. Bearbeiter in HUG); Manfred REHBINDER, (Kurzkommentar zum) Arbeitsgesetz (3. Auflage, Zürich 1982; zit. Arbeitsgesetz).

Im anschliessenden soll – ausgehend von der jeweils verfügenden Arbeitsbehörde – der Instanzenzug im ordentlichen Rechtsmittelverfahren gegen arbeitsgesetzliche Verfügungen und Rechtspflegeentscheide dargestellt werden. Zu diesem Zweck müssen die einzelnen arbeitsgesetzlichen Verfügungen hinsichtlich des Ausnahmenkataloges der Art. 99–101 OG auf ihren materiellen Gehalt, auf den durch sie geregelten Sachbereich hin untersucht werden. Aufgezeigt werden soll m.a.W., wie sich Rekurs (1), Bundesverwaltungs- und Bundesverwaltungsgerichtsbeschwerde (2) ergänzen oder ausschliessen.

-
- 1) Als ordentliches Rechtsmittel der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich (vgl. vorne § 26 1.).
 - 2) Als ordentliche Rechtsmittel der Bundesverwaltungsrechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten (vgl. vorne § 26 1.); im folgenden kurz Verwaltungs- bzw. Verwaltungsgerichtsbeschwerde genannt.

§ 32 VERFÜGUNGEN ZUERCHERISCHER ARBEITSBEHÖRDEN

Wie weiter vorne bereits gezeigt worden ist, werden im Kanton Zürich sämtliche arbeitsgesetzlichen Verfügungen von der Direktion der Volkswirtschaft oder der Finanzdirektion erlassen (3).

1. Arbeitsgesetzliche Verfügungen im einzelnen

Die einzelnen Verfügungen lassen sich aufgrund ihrer arbeitsgesetzlichen Grundlagen in verschiedene Sachgruppen aufteilen:

1.1. PLANGENEHMIGUNGEN UND BETRIEBSBEWILLIGUNGEN

Gemäss Art. 8 ArG bedarf jede Errichtung oder Aenderung einer industriellen Anlage schon im Planungsstadium der Genehmigung durch die zuständige kantonale Arbeitsbehörde. Voraussetzungen und Verfahren dieser Plangenehmigung sind in Art. 8 I und II ArG nur summarisch beschrieben; ihre detaillierte Regelung ist in Art. 22-25 und 28 ArGVO I zu finden (4).

Vor der Inbetriebnahme der im Planungsstadium genehmigten industriellen Anlage muss noch die entsprechende Betriebsbewilligung erteilt werden; die diesbezüglichen Normen sind Art. 8 III ArG i.V.m. Art. 26-29 ArGVO I. "Das Verfahren zur Plangenehmigung und Betriebsbewilligung soll Gewähr dafür bieten, dass den Vorschriften über Gesundheitsvorsorge und Unfallverhütung bereits beim Bau und der Einrichtung eines Betriebes und nicht erst nach der Betriebsaufnahme

3) Vgl. vorne § 20 3. sowie § 3 ff. ArGVVO.

4) Vgl. hierzu REINACHER in HUG N 5-15 zu Art. 8 ArG.

§ 32 1.1.

Genüge getan wird, und zwar hinsichtlich des Arbeitsschutzes wie des Umgebungsschutzes" (5).

Wie Art. 8 ArG unmissverständlich zum Ausdruck bringt, unterliegen nur industrielle Betriebe der Plangenehmigungs- und Betriebsbewilligungspflicht (6), weshalb grundsätzlich die Qualifikation einer geplanten Anlage als industrieller Betrieb dem Plangenehmigungs- und Betriebsbewilligungsverfahren voranzugehen hat. M.a.W. müsste den Verfahren nach Art. 8 ArG ein Unterstellungsverfahren des BIGA i.A. von Art. 5 ArG vorangestellt werden, und zwar mit dem vollen Rechtspflegeverfahren (7).

Falls die aufgrund eines genehmigten Plans erstellte industrielle Anlage diesem entspricht und sich zudem keine schwerwiegenden Mängel, die im Planungsstadium nicht voraussehbar waren (8), zeigen, hat der Bauherr einen Anspruch auf Erteilung der Betriebsbewilligung. Erteilung oder Verweigerung der Plangenehmigung oder Betriebsbewilligung

5) REINACHER in HUG N 1 zu Art. 8 ArG.

6) "Für nicht-industrielle Betriebe kommt eine derartige Präventivkontrolle nur zur Anwendung, wenn das in (Art. 71 lit. c ArG) vorbehaltene Polizeirecht ... Bewilligungsverfahren vorschreibt (z.B. im Baurecht) und im Rahmen dieser Verfahren ... die Arbeitsbehörden hinzugezogen werden, um die Belange des öffentlichen Arbeitsschutzes zu wahren" (REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 8 ArG); im Kanton Zürich scheint dies nicht der Fall zu sein.

7) "Wird offenkundig zu industriellen Zwecken gebaut, ohne das Plangenehmigungsverfahren nach Gesetz einzuleiten, können Massnahmen des Verwaltungszwanges (Art. 51 und 52 I ArG) angeordnet werden" (REINACHER in HUG N 6 zu Art. 8 ArG a.E.). Zur Anfechtung von Unterstellungsverfügungen i.S. von Art. 5 I ArG vgl. hinten § 33 2.2.1.

Man kann sich wohl mit Recht fragen, ob die aufgezeigte Doppelspurigkeit sinnvoll sei, oder ob es nicht einfacher wäre, sowohl Unterstellungs- als auch Plangenehmigungs- und Betriebsbewilligungskompetenzen bei einer Arbeitsbehörde zu konzentrieren.

8) Es muss sich dabei um Mängel handeln, die "Leben oder Gesundheit der Arbeitnehmer gefährden oder in schädlicher oder lästiger Weise auf die Umgebung des Betriebes einwirken" (Art. 27 II ArGVO I a.E.).

sind Verfügungen i.S. von Art. 5 I lit. a bzw. c VwVG (9); ihrer Anfechtbarkeit steht demnach nichts entgegen.

1.2. ARBEITSZEITBEWILLIGUNGEN

Eine stattliche Anzahl arbeitsgesetzlicher Vorschriften befasst sich mit der Erteilung (oder Verweigerung) von Arbeitszeitbewilligungen (10), deren Schutzzweck nicht weiter beschrieben werden muss. Auch der Verfügungscharakter der entsprechenden Bescheide der zuständigen Arbeitsbehörde i.S. von Art. 5 I lit. a bzw. c VwVG ist unbestreitbar.

Das Verfahren richtet sich nach Art. 52 und 53 ArGVO I; zu beachten sind zudem die Normen über den Sonderschutz der jugendlichen (11) und weiblichen Arbeitnehmer (12).

9) Vgl. REINACHER in HUG N 15 zu Art. 8 ArG; für die Verwaltungsrechtspflege spielt es im übrigen keine Rolle, ob die Plangenehmigung als Verfügung gemäss Art. 5 I VwVG oder als Zwischenverfügung gemäss Art. 5 II VwVG qualifiziert wird (vgl. Ziff. 3.2.1. nach N 60 hienach).

10) Es handelt sich im einzelnen um: Art. 10 II ArG (Tagesarbeitsgrenzen) i.V.m. Art. 42 ArGVO I; Art. 12 III ArG (Ueberstunden) i.V.m. Art. 40 ArGVO I; Art. 17 I und II ArG (Nachtarbeit) i.V.m. Art. 43 und 45 ArGVO I; Art. 19 I und II ArG (Sonntagsarbeit) i.V.m. Art. 44 und 45 ArGVO I; Art. 23 I, 24 I und II sowie 25 I ArG (Schichtarbeit) i.V.m. Art. 47-51 ArGVO I.

11) Vgl. Art. 31 IV ArG i.V.m. Art. 64 und 65 ArGVO I.

12) Vgl. Art. 34 III ArG i.V.m. Art. 70 und 71 ArGVO I.

1.3. JUGENDARBEIT

Gemäss Art. 30 I ArG dürfen Jugendliche, die das 15. Altersjahr noch nicht vollendet haben, nicht als Arbeitnehmer beschäftigt werden. Die selbe Vorschrift verweist in den Abs. 2 und 3 für allfällige Ausnahmen vom Jugendarbeitsverbot auf die Allgemeine Verordnung zum Arbeitsgesetz; die massgebenden Normen sind Art. 59 IV, 60 III, 60a III und 61 ArGVO I.

Der Kanton Zürich hat die diesbezüglichen materiellen Rechtsetzungskompetenzen in § 10 ArGVVO teilweise genutzt (13); eine Zusammenstellung sämtlicher kantonalen Regelungen der Bewilligungs- oder Mitteilungspflicht für Jugendarbeit kann dem Anhang VII der amtlichen Textausgabe des Arbeitsgesetzes entnommen werden. Der Verfügungscharakter – und damit die Anfechtbarkeit – von Jugendarbeitsbewilligungen oder –verweigerungen folgt ebenfalls aus Art. 5 I lit. a bzw. c VwVG.

1.4. ANWENDBARKEIT DES ARBEITSGESETZES

I.A. von Art. 41 III ArG entscheidet die kantonale Behörde, wenn "Zweifel über die Anwendbarkeit des (Arbeits)Gesetzes auf einzelne nicht-industrielle Betriebe oder einzelne Arbeitnehmer in industriellen oder nicht-industriellen Betrieben" bestehen. Auch hier handelt es sich um eine Art Unterstellungsverfügung, die aber nicht mit der vorher erwähnten des BIGA gemäss Art. 5 ArG (14) verwechselt werden darf.

Der Bescheid über die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes i.S. von Art. 41 III ArG ist als feststellender Verwaltungsakt eine anfechtbare Verfügung i.S. von Art. 5 I lit. b VwVG.

13) Vgl. hiezu vorne § 20 2. nach N 54.

14) Vgl. Ziff. 1.1. vor N 7 hievor.

1.5. AUFSICHTSMASSNAHMEN

1.5.1. Abmahnungen

In Ausübung ihrer Vollzugsaufgaben muss (auch) die zuständige kantonale Behörde denjenigen, der "Vorschriften des (Arbeits)Gesetzes oder einer Verordnung oder ... eine Verfügung nicht befolgt" (15), auf sein Fehlverhalten aufmerksam machen. Normalerweise fordert sie durch eine Abmahnung "die Einhaltung der nicht befolgten Vorschrift oder Verfügung" (15). "Die blosse Abmahnung ... ist als solche kein Verwaltungsakt, denn sie hat keine Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Abgemahnten" (16). "Damit genügt ein mündlicher Hinweis mit Mahnung" (17).

Aus dem Vorstehenden folgt, dass Abmahnungen i.A. von Art. 51 I ArG keine Verfügungen i.S. von Art. 5 VwVG und demnach auch nicht bundesrechtlich anfechtbar sind. JAGMETTI vertritt die Ansicht, dass kantonale rechtlich auch gegen solche Abmahnungen ein Rechtspflegeverfahren vorgesehen werden könne (18). Diese Meinung lässt sich insofern vertreten, als die Kantone auch in Bundesverwaltungssachen einen über die Legaldefinition des Art. 5 VwVG hinausgehenden Verfügungsbegriff anwenden dürfen (19). "Andererseits sind die Rechtsmittelinstanzen des Bundes nicht verpflichtet, auf Beschwerden gegen kantonale 'Anordnungen', die nach Bundesrecht keine Verfügungen sind, einzutreten" (20).

15) Art. 51 I ArG.

16) REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 51 ArG.

17) JAGMETTI in HUG N 7 zu Art. 51 ArG.

18) Vgl. JAGMETTI in HUG N 7 zu Art. 56-57 ArG.

19) Der kantonale Verfügungsbegriff darf in Bundesverwaltungssachen nur nicht enger sein als derjenige des Art. 5 VwVG (vgl. vorne § 17 4. nach N 35).

20) Alfred KOELZ/Peter KOTTUSCH, Bundesrecht und kantonales Verwaltungsverfahrenrecht, ZBl. 79 (1978) 421 ff., 446.

§ 32 1.5.1./1.5.2.

Für den Kanton Zürich stellt sich das angetönte Problem allerdings nicht, denn Abmahnungen i.S. des Art. 51 I ArG werden in der Vollziehungsverordnung zum Arbeitsgesetz gar nicht erwähnt (21); sie fallen demnach für die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich und des Bundes ausser Betracht.

1.5.2. Verfügungen mit Strafandrohung

Eine Verfügung mit Strafandrohung i.S. von Art. 51 II ArG erlässt die zuständige kantonale Behörde (22) dann, wenn sich der vorgängig Gemahnte weiterhin nicht an die entsprechende Vorschrift oder Verfügung hält. "Ob es sich dabei im theoretischen Sinn um eine Verfügung handelt ..., kann hier dahingestellt bleiben, da das ArG sie jedenfalls als solche bezeichnet, so dass nach (Art. 50 I ArG) bei der Eröffnung die Schriftform zu beachten ist" (23). Durch solche Verfügungen mit Strafandrohung werden i.S. von Art. 5 I lit. a VwVG Pflichten begründet; sie sind folglich Verfügungen i.S. der Legaldefinition des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes und damit anfechtbar.

Funktionell handelt es sich bei diesen Verwaltungsakten aber "um Zwischenverfügungen zur Durchsetzung der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften oder behördlicher Anordnungen" (24). Zwischenverfügungen sind aber nur dann Verfügungen i.S. von Art. 5 VwVG, wenn sie ge-

21) Beachte aber § 14 I ArGVVO.

22) Aus dem Gesetzestext geht eindeutig hervor, dass Verfügungen mit Strafandrohung nur von der zuständigen kantonalen Behörde erlassen werden dürfen. Hat ein Eidgenössisches Arbeitsinspektorat oder der Arbeitsärztliche Dienst eine Abmahnung i.S. von Art. 51 I ArG vorgenommen, "können (sie) jedoch ... den kantonalen Behörden Weisungen auf Erlass einer Verfügung nach (Art. 51 II ArG) erteilen, denen diese nachzukommen haben (Art. 42 I 2. Satz ArG)" (REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 51 ArG).

23) JAGMETTI in HUG N 9 zu Art. 51 ArG; beachte aber den Einwand gegen diese Vereinfachung in Anm. 36 hienach.

24) CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 4 h zu Art. 57 ArG.

mäss Art. 45 VwVG selbständig anfechtbar sind (25); um dieses Kriterium zu erfüllen, müssen sie "einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können" (26), was wohl allein schon durch die Strafandrohung erfüllt ist. Verfügungen gemäss Art. 51 II ArG haben jedoch noch weitere nachteilige Konsequenzen, führt ihre Missachtung doch automatisch zur Anwendung von Verwaltungszwang.

1.6. PRUEFUNG VON BETRIEBSORDNUNGEN

Entgegen der früher gültigen Fassung des Art. 39 I ArG, der Betriebsordnungen i.S. der Art. 37 und 38 ArG einer Genehmigungspflicht durch die kantonale Arbeitsbehörde unterstellt hatte, besteht seit 1971 nur noch eine Prüfungspflicht. Der heute rechtskräftige Art. 39 I ArG lautet: "Die Betriebsordnung ist der kantonalen Behörde zuzustellen; stellt diese fest, dass Bestimmungen der Betriebsordnung mit den Vorschriften dieses Gesetzes nicht übereinstimmen, so ist das Verfahren gemäss (Art. 51 ArG) durchzuführen".

Die zuständige kantonale Arbeitsbehörde hat demnach nur noch einzuschreiten, wenn eine zur Prüfung eingereichte Betriebsordnung Mängel aufweist; dann hat sie Aufsichtsmassnahmen i.S. der vorstehenden Ziff. 1.5. zu ergreifen. Unter der alten Fassung des Art. 39 I ArG war auch die Genehmigung einer Betriebsordnung eine anfechtbare Verfügung gewesen; heute ergeht eine solche gar nicht mehr (27).

25) Vgl. Art. 5 II VwVG.

26) Art. 45 I VwVG; für Zürich vgl. § 19 II VRG. Die Aufzählung einzelner Beispiele in Art. 45 II VwVG ist nicht abschliessend.

27) Vgl. zum Ganzen: JAGMETTI in HUG zu Art. 39 ArG; REHBINDER (Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 39 ArG), der sich zur angetönten Problematik sehr kritisch äussert.

1.7. VOLLSTRECKUNGSMASSNAHMEN

"Wird eine Verfügung im Sinne von (Art. 51 II ArG) missachtet, so ergreift die kantonale Behörde die zur Herbeiführung des rechtmässigen Zustandes erforderlichen Massnahmen" (28). Unter Vollstreckungsmassnahmen i.S. von Art. 52 I ArG versteht man z.B. eine "Ersatzvornahme, Beschlagnahme oder andere im kantonalen Recht zur direkten Herstellung des gesetzmässigen Zustandes vorgesehene Massnahme" (29); dazu kommen die allgemeinen Zwangsmittel des Bundesrechts (30).

Die Qualifikation von Vollstreckungsmassnahmen als Verfügungen i.S. von Art. 5 VwVG richtet sich nach Art. 41 I lit. a und b VwVG (31) - mithin auch deren Anfechtbarkeit.

1.8. BESONDERE MASSNAHMEN DES VERWALTUNGSZWANGES

Den in Art. 52 II und 53 ArG im einzelnen genannten Massnahmen des Verwaltungszwanges ist gemeinsam, dass dem Erlass der entsprechenden Verfügung (32) grundsätzlich deren Androhung mit Ansetzung einer angemessenen Erfüllungsfrist vorauszugehen hat. Auf diese Voraussetzung kann nur dann verzichtet werden, wenn es um die Aufhebung eines gefährlichen Zustandes geht.

Diese Verfahrensvorschriften gelten allerdings nicht gemäss Arbeitsgesetz, sondern i.A. von Art. 41 II und III VwVG, weshalb eine

28) Art. 52 I ArG.

29) CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 4 i zu Art. 57 ArG.

30) Vgl. hiezu JAGMETTI in HUG N 3 ff. zu Art. 52-53 ArG.

31) Vgl. Art. 5 II VwVG.

32) Um solche handelt es sich nämlich, denn sie dienen der "Ausübung von Verwaltungszwang durch Entzug eines Rechts" (CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 4 e zu Art. 57 ArG); vgl. Art. 5 I lit. a VwVG. JAGMETTI (in HUG N 22 zu Art. 52-53 ArG) will sie demgegenüber unter die Vollstreckungsverfügungen nach Art. 5 II VwVG subsumiert wissen.

Androhung mit Fristansetzung in der Regel auch vor dem Entzug der Erlaubnis, innerhalb eines bewilligungsfreien Kontingents Ueberzeitarbeit anzuordnen (33), zu erfolgen hat. Da die erforderlichen Androhungen mit den entsprechenden Verfügungen mit Strafandrohung gemäss Art. 51 II ArG verbunden werden können (34), wäre eine nochmalige Androhung der Verfügungsvollstreckung unsinnig.

Ergeht die aufgrund der Regelung des VwVG für die Massnahmen des Verwaltungszwanges nach Art. 52 II und 53 ArG erforderliche Androhung aber zusammen mit einer Verfügung i.S. von Art. 51 II ArG, gilt bezüglich ihres Verfügungscharakters und ihrer davon abhängigen Anfechtbarkeit das vorher zur Verfügung mit Strafandrohung Gesagte (35). Nur wenn gemäss Art. 52 II ArG eine nochmalige Androhung erfolgt oder i.S. von Art. 53 I ArG auf eine vorgängige Verfügung mit Strafandrohung verzichtet worden ist, "handelt es sich (bei den nach Art. 52 II und 53 ArG) vorauszuschickenden Androhung(en) mit Fristansetzung ... nicht um Verfügungen i.S. des Verwaltungsrechts" (36).

Abschliessend sei noch erwähnt, dass die Marginalen der amtlichen Textausgabe des Arbeitsgesetzes missverständlich sind, denn

33) Vgl. Art. 53 II ArG.

34) Vgl. JAGMETTI in HUG N 21 zu Art. 52-53 ArG; REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 51 ArG S. 137. Im Falle der Anordnung eines Raumbenützungsverbotes oder einer befristeten Betriebsschliessung i.A. von Art. 52 II ArG ist der vorgängige Erlass einer bezüglichen Verfügung nach Art. 51 II ArG sogar Bedingung.

35) Vgl. Ziff. 1.5.2. hievor.

36) REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 56 ArG S. 144; vgl. auch § 31 VRG. JAGMETTI (in HUG N 9 zu Art. 56-57 ArG) begnügt sich mit dem Hinweis, die Androhungen gemäss Art. 52 II und 53 ArG seien keine Verfügungen, weil das Arbeitsgesetz diesen Ausdruck für sie nicht verwende. Er übersieht dabei aber, dass für die rechtliche Qualifikation einer Verwaltungshandlung als Verfügung i.S. des Verwaltungs(rechtspflege)verfahrensrechts nicht deren gesetzliche Bezeichnung, sondern deren Subsumtionsmöglichkeit unter die Verfügungsdefinition des Art. 5 VwVG massgebend ist (vgl. hiezu vorne § 17 2. bei N 19 sowie die entsprechende Anmerkung; § 17 4.); eine dementsprechende Begründung geben CANNER/SCHOOP (zit. in Anm. 84 hienach).

§ 32 1.8./3.

"Massnahmen des Verwaltungszwangs" (37) sind nicht nur die in Art. 52 ArG genannten Verwaltungsakte. Auch die Verfügungen gemäss Art. 53 ArG gehören zum Verwaltungszwang, und selbst die in Art. 51 II ArG beschriebene Verfügung mit Strafandrohung muss dazu gezählt werden (38).

2. Anfechtung der arbeitsgesetzlichen Verfügungen mit Rekurs

Sämtliche vorstehend behandelten Verwaltungsakte einer kantonalen Arbeitsbehörde, die als Verfügungen i.S. der Legaldefinition des Art. 5 VwVG zu qualifizieren sind, gelten auch als Verfügungen i.S. des Art. 56 I ArG und können folglich mit Rekurs an den Zürcher Regierungsrat weitergezogen werden.

3. Anfechtung der Rekursentscheide im Bund

Gemäss Art. 57 I ArG wären nur "Entscheide der letzten kantonalen Instanz über die Anwendbarkeit des (Arbeits)Gesetzes auf einzelne nicht-industrielle Betriebe oder einzelne Arbeitnehmer in industriellen oder nicht-industriellen Betrieben" direkt mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht anfechtbar; m.a.W. nur letztinstanzliche kantonale Entscheide über eine Unterstellungsverfügung i.S. von Art. 41 III ArG (39). Für den Weiterzug aller kantonal letztinstanzlicher Entscheide über andere in Ziff. 1. hievor genannte arbeitsgesetzliche

37) Marginale zu Art. 52 ArG.

38) Vgl. zum Ganzen Heinrich Andreas MUELLER, Der Verwaltungszwang (Diss. Zürich 1976); zur "Strafandrohung des Artikels 292 des Strafgesetzbuches" (Art. 51 II ArG a.E.) insbesondere dens., a.a.O. 75 ff. Beachte aber auch den in Anm. 7 hievor zitierten REINACHER.

39) Vgl. Ziff. 1.4. hievor.

Verfügungen wäre gemäss Art. 57 II ArG einzig die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat vorgesehen.

Der schon oft behandelte Art. 57 ArG hatte demnach - solange er vollumfänglich in Kraft gewesen war - die sachbezogene Aufteilung zwischen verwaltungsinterner und -externer Rechtspflege in arbeitsgesetzlichen Angelegenheiten im Bund vorgenommen, für welche heute die allgemeingültige Sachkompetenzordnung des VwVG/OG massgebend ist. Welche Entscheide letzter kantonalen Instanzen über arbeitsgesetzliche Verfügungen mit welchem Bundesrechtsmittel weitergezogen werden können, beurteilt sich folglich heute nach dem Ausnahmenkatalog der Art. 99-101 OG; hiezu kommen lediglich die Art. 99 lit. c und e sowie 101 OG in Betracht (40). Welche Bundesrechtspflegeinstanz der verwaltungsinternen oder -externen arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege zum Zuge kommt, muss aus der funktionellen Kompetenzordnung gemäss VwVG/OG abgeleitet werden (41).

3.1. ANFECHTUNG DER REKURSENTSCHEIDE MIT VERWALTUNGSGERICHTSBSCHWERDE

3.1.1. Rekursentscheide über Arbeitszeit- und Jugendarbeitsbewilligungen sowie Unterstellungsverfügungen

Rekursentscheide des Zürcher Regierungsrates über sämtliche unter dem Titel "Arbeitszeitbewilligungen" (42) angeführten Verfügungen sind i.A. von Art. 97 I und 98 lit. g OG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht anfechtbar, da sie unter keine Ausschluss-

40) Vgl. vorne § 31 1., insbesondere nach N 4 daselbst.

41) Vgl. vorne § 31 2. und § 21.

42) Vgl. Ziff. 1.2. hievon; BGE 106 Ib 118 ff. (- Pra. 69 (1980) Nr. 268).

§ 32 3.1.1./3.1.2.

norm der Art. 99-101 OG fallen. Entsprechendes gilt für Rekursentscheide im Zusammenhang mit Jugendarbeitsbewilligungen (43).

Auch Rekursentscheide über Unterstellungsverfügungen (44) der kantonalen Arbeitsbehörde gemäss Art. 41 III ArG sind i.S. des Vorstehenden direkt mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weiterziehbar; dieser Rechtspflegeweg folgt aber aus der allgemeingültigen Regelung von VwVG/OG, nicht aus Art. 57 I ArG.

3.1.2. Rekursentscheide über Verfügungen des arbeitsgesetzlichen Verwaltungszwanges

Von den unter Ziff. 1.5. hievor beschriebenen Aufsichtsmassnahmen kommen die blossen Abmahnungen i.S. von Art. 51 I ArG aufgrund ihres fehlenden Verfügungscharakters als Anfechtungsobjekt einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht in Frage (45). Anders verhält es sich mit den Verfügungen mit Strafandrohung gemäss Art. 51 II ArG; diese sind - wie gezeigt worden ist - Verfügungen i.S. des Art. 5 VwVG, wenn auch nur Zwischenverfügungen i.S. von Art. 5 II i.V.m. 45 VwVG. Dies hat jedoch Auswirkungen auf die hier zur Diskussion stehende Sachkompetenzausscheidung, denn Art. 101 lit. a OG bestimmt, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig sei gegen Zwischenverfügungen, wenn gegen die Endverfügung dieses Rechtsmittels auch nicht gegeben wäre. Umgekehrt ausgedrückt heisst das für die Verfügungen mit Strafandrohung, dass es für deren selbständige Anfechtbarkeit mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde "auf den Inhalt der gesetzlichen Bestimmung bzw. der behördlichen Anordnung ankommt, deren Einhaltung durch Strafandrohung durchgesetzt werden soll" (46).

43) Vgl. Ziff. 1.3. hievor.

44) Vgl. Ziff. 1.4. hievor.

45) Vgl. Art. 97 I OG und Ziff. 1.5.1. hievor. Aus dem selben Grund ist auch eine Verwaltungsbeschwerde ausgeschlossen (vgl. Art. 44 VwVG).

46) CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 4 h zu Art. 57 ArG; vgl. auch JAGMETTI in HUG N 8 zu Art. 56-57 ArG.

Schwieriger ist die Frage der Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Rekursentscheide über die anderen Massnahmen des arbeitsgesetzlichen Verwaltungszwanges gemäss Art. 52 und 53 ArG. Weiter vorne ist bemerkt worden, dass sich CANNER/SCHOOP und JAG-METTI nicht einig seien, ob diese Verwaltungsakte nun Verfügungen i.S. von Art. 5 I lit. a VwVG oder Vollstreckungsverfügungen i.S. von Art. 5 II i.V.m. 41 I lit. a und b VwVG seien (47). REHBINDER unterscheidet zwischen reinen Vollstreckungsverfügungen gemäss Art. 52 I ArG und denjenigen gemäss Art. 52 II und 53 ArG, denen er einen über die eigentliche Vollstreckung hinausreichenden "Charakter von Präventivmassnahmen gegen künftige Rechtsverletzungen" (48) zubilligt. Letztere wären nach seiner Ansicht keine eigentlichen Vollstreckungsverfügungen und würden demnach nicht unter den die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausschliessenden Art. 101 lit. c OG fallen (49).

Diese Differenzierung REHBINDERs erscheint grundsätzlich als vertretbar, sie kann aber zu unbefriedigenden Resultaten führen. Insbesondere dürfte die Definition des von ihm als Unterscheidungsmerkmal ins Feld geführten Präventivcharakters etwelche Schwierigkeiten bereiten. Einfacher wäre es da doch, davon auszugehen, dass allen arbeitsgesetzlichen Zwangsmassnahmen grundsätzlich eine entsprechende Androhung vorauszugehen hat, die im Normalfall in Form einer Verfügung mit Strafandrohung i.S. von Art. 51 II ArG ergehen wird (50). Diese Androhungen sind bekanntlich ihrerseits Verfügungen und damit anfechtbar; womit auch die mit ihnen - neben der Ungehorsamsbestrafung - angedrohten Zwangsmassnahmen einer Ueberprüfung unterzogen werden könnten. Der anschliessende Erlass einer derart angedrohten Zwangsmassnahme wäre dann wirklich nur noch reine Verfügungsvoll-

47) Vgl. Anm. 32 hievor.

48) REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 1 zu Art. 52 ArG S. 137.

49) Vgl. REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 57 ArG; JAGMETTI in HUG N 11 zu Art. 56-57 ArG.

50) Vgl. Ziff. 1.8. hievor.

§ 32 3.1.2.

streckung und deshalb i.A. von Art. 101 lit. c OG der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht zugänglich.

Bei der von REHBINDER vorgeschlagenen Lösung bestünde zudem die Gefahr, dass sich das Bundesverwaltungsgericht zweimal mit der gleichen Sache zu befassen hätte: zuerst nämlich mit der Verfügung mit Straf- und Zwangsmassnahmenandrohung (51) und später noch mit der Anordnung der angedrohten Zwangsmassnahme i.S. von Art. 52 II oder 53 ArG. Vom gesetzlichen Standpunkt aus ist jedoch nichts gegen dieses Ergebnis einzuwenden. Dies gilt selbst in Anbetracht von Art. 101 lit. d OG, der an sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde "gegen Verfügungen über den ganzen oder teilweisen Widerruf von Verfügungen, gegen welche die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig ist", ausschliesst. Diese Vorschrift wäre grundsätzlich auf die Zwangsmassnahmen des Art. 52 II ArG anwendbar, denn bei den hier vorgesehenen Raumbenützungsverboten und befristeten Betriebsschliessungen handelt es sich im Endeffekt doch um den teilweisen Widerruf einer Betriebsbewilligung nach Art. 8 III ArG (52).

Da gerade die Betriebsbewilligungen - wie noch zu zeigen sein wird - nicht zu den mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbaren arbeitsgesetzlichen Verfügungen gehören (53), würde der vorher zitierte Teil des Art. 101 lit. d OG Platz greifen. Die genannte Norm hebt jedoch den Verwaltungsgerichtsbeschwerdeausschluss für "Verfügungen über den Widerruf begünstigender Verfügungen im Sinne von (Art. 99 lit. c-f OG)" selbst wieder auf, und Betriebsbewilligungen fallen unter Art. 99 lit. e OG (53). Die in Art. 53 ArG statuierten Zwangsmassnahmen dagegen stehen in Zusammenhang mit Arbeitszeitbewilligungen, die sowieso in die Sachkompetenz des Bundesverwaltungsgerichtes fallen (54).

51) Soweit es zur Ueberprüfung solcher Zwischenverfügungen hinsichtlich Art. 101 lit. a OG überhaupt zuständig ist (vgl. hiezu nach N 45 hievor).

52) Vgl. Ziff. 1.1. hievor.

53) Vgl. Ziff. 3.2.1. hienach.

54) Vgl. Ziff. 3.1.1. hievor.

Ein globaler Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Rekursentscheide über arbeitsgesetzliche Zwangsmassnahmen könnte der Vereinheitlichung des Rechtspflegeverfahrens allerdings nur dienlich sein und hätte auch hinsichtlich der Kognition der verwaltungsinternen oder -externen Rechtsmittelinstanzen keine Konsequenzen (55).

3.2. ANFECHTUNG DER REKURSENTSCHEIDE MIT VERWALTUNGSBESCHWERDE

3.2.1. Rekursentscheide über Plangenehmigungen und Betriebsbewilligungen (56)

Gemäss Art. 99 lit. e OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig gegen "die Erteilung oder Verweigerung von ... Betriebsbewilligungen für technische Anlagen (57) ...". Damit ist grundsätzlich einmal klargestellt, dass Rekursentscheide über Betriebsbewilligungsverfügungen i.S. von Art. 8 III ArG nur im bundesinternen Rechtspflegeverfahren weitergezogen werden können.

Die einer Betriebsbewilligung zwingend vorausgehende Plangenehmigung lässt sich jedoch – zumindest vom Wortlaut her – nicht ohne weiteres auch unter die sachliche Ausschlussnorm des Art. 99 lit. e OG subsumieren. Ausschlaggebend kann aber nicht eine wortgetreue Auslegung des genannten Artikels sein, sondern es muss seine ratio

55) Die Rüge der Unangemessenheit der Zwangsmassnahme ist in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 104 lit. c OG ausgeschlossen; in der Verwaltungsbeschwerde folgt dieser Ausschluss in concreto aus Art. 49 lit. c VwVG (vgl. hiezu vorne § 26 2.)

56) Vgl. Ziff. 1.1. hievor.

57) "Unter einer technischen Anlage ... im Sinne von Art. 99 lit. e OG ist ein System von Einrichtungen zu verstehen, das einem bestimmten Zweck zu dienen hat und dessen Herstellung oder dessen Verwendung besondere Kenntnisse oder Erfahrungen erfordert" (BGE 100 Ib 224).

§ 32 3.2.1.

erforscht werden. "Diese Bestimmung ist ... zumindest dann anwendbar, wenn es um das Ergebnis einer (Prüfung) geht, womit in abstrakter Weise über das technische Genügen einer Anlage befunden wird" (58). M.a.W. greift Art. 99 lit. e OG nur dann Platz, wenn die Beurteilungsgrundlagen der angefochtenen Verfügung hauptsächlich tatsächlicher Natur sind, "deren Richtigkeit und Tragweite der Richter nur mit Hilfe eines über die erforderlichen technischen Kenntnisse verfügenden Experten prüfen könnte" (59).

Dieses Kriterium dürfte nun aber besonders bei Plangenehmigungsverfügungen i.S. von Art. 8 II ArG zutreffen, weshalb diese Verfügungen aufgrund der ratio von Art. 99 lit. e OG der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht zugänglich wären. Zum selben Resultat kommt REINACHER, der allerdings den Verwaltungsgerichtsbeschwerdeausschluss gegen Plangenehmigungsverfügungen aus Art. 99 lit. c OG ableitet (60). Im übrigen bliebe es auch unter der Annahme, dass Verwaltungsakte i.S. von Art. 8 II ArG Zwischenverfügungen (61) hinsichtlich der anschliessenden Betriebsbewilligungsverfügung i.S. von Art. 8 III ArG wären, i.A. von Art. 101 lit. a OG beim Ausschluss der verwaltungsgerichtlichen Kompetenz (62).

Zieht man allerdings in Betracht, dass eine Betriebsbewilligung erteilt werden muss, wenn die fertiggestellte industrielle Anlage dem genehmigten Plan entspricht (63), könnte man wohl auch die Ansicht vertreten, dass die vorher als Grund der verwaltungsgerichtlichen Inkompetenz gemäss Art. 99 lit. e OG genannten technischen Aspekte bei der Beurteilung einer Betriebsbewilligungsverfügung nicht mehr im Vor-

58) BGE 104 Ib 124 Erw. 1a; beachte auch den daselbst angegebenen BGE 100 Ib 225.

59) BGE 100 Ib 226; vgl. auch vorne § 31 1. nach N 3.

60) Vgl. REINACHER in HUG N 15 zu Art. 8 ArG a.E.

61) I.S. von Art. 5 II VwVG.

62) Vgl. Anm. 9 hievor.

63) Vgl. Ziff. 1.1. nach N 7 hievor.

dergrund stünden. Ausgehend von dieser Ueberlegung könnte man versucht sein anzunehmen, dass die Erteilung oder Verweigerung einer Betriebsbewilligung nichts anderes darstelle, als die positive oder negative Vollstreckung des in jeder Plangenehmigungsverfügung implizit enthaltenen diesbezüglichen Anspruches. Dann aber würde die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wegen Art. 101 lit. c OG entfallen.

So oder so bleibt es bei der sachlichen Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes bezüglich der Beurteilung von Rekursentscheiden über Plangenehmigungs- und Betriebsbewilligungsverfügungen, weshalb die kompetente Rechtspflegeinstanz innerhalb der Bundesverwaltung zu suchen ist. Der hiezu nicht mehr massgebliche Art. 57 II ArG (64) nennt den Bundesrat; dessen Zuständigkeit lässt sich aber auch aus der funktionellen Ordnung des VwVG ableiten.

Beschwerdeinstanz der bundesinternen Verwaltungsrechtspflege ist u.a. gemäss Art. 47 I lit. a VwVG "der Bundesrat nach den (Art. 72 ff. VwVG)". Art. 72 lit. d VwVG seinerseits bestimmt, dass die (Verwaltungs)Beschwerde an den Bundesrat zulässig sei gegen Verfügungen letzter kantonalen Instanzen nach Art. 73 VwVG. In letztgenannter Vorschrift werden verschiedene Sachgebiete aufgezählt, deren entsprechende letztinstanzliche kantonale Verfügungen mit Verwaltungsbeschwerde beim Bundesrat angefochten werden können; das Arbeitsgesetz fällt eindeutig unter Art. 73 I lit. c VwVG. Da auch keine der Kompetenzausschlussvorschriften des Art. 74 VwVG Platz greift, ist die bundesrätliche Beurteilungskompetenz über Rekursentscheide im Zusammenhang mit Verfügungen gemäss Art. 8 ArG erstellt (65).

64) Vgl. hiezu vorne § 21 1.2. nach N 79.

65) Nur wenn die Plangenehmigungs- oder Betriebsbewilligungsverfügung oder allenfalls sogar der kantonal-letztinstanzliche Rechtsmittelentscheid über solche von einer sachlich oder örtlich unzuständigen Behörde ausging und dies der Anfechtungsgrund ist, wäre gemäss Art. 73 II lit. b VwVG wieder das Bundesgericht zuständig.

§ 32 3.2.2.

3.2.2. Rekursentscheide über Verfügungen des arbeits-
gesetzlichen Verwaltungszwanges (66)

Soweit eine arbeitsgesetzliche Vorschrift oder Verfügung aufgrund ihres Inhalts nicht in die Sachkompetenz des Bundesverwaltungsgerichtes fällt, kann auch die zu deren Einhaltung auffordernde Verfügung mit Strafandrohung i.S. von Art. 51 II ArG und somit auch ein diesbezüglicher Rekursentscheid nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (67). Für die sich daraus ergebende Prüfungszuständigkeit des Bundesrates sind neben den vorstehend genannten Normen auch Art. 45 I und 46 lit. e (argumentum e contrario) VwVG zu beachten (68).

Was die arbeitsgesetzlichen Vollstreckungsmassnahmen der Art. 52 und 53 ArG anbelangt, sei auf die weiter vorne behandelte Problematik verwiesen (69). Soweit sich die im Arbeitsgesetz vorgesehenen Vollstreckungsmassnahmen unter Art. 41 VwVG subsumieren lassen und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde i.A. von Art. 101 lit. c oder d OG ausgeschlossen ist, können diesbezügliche Rekursentscheide gemäss der bereits aufgezeigten funktionellen Kompetenzordnung mit Verwaltungsbeschwerde beim Bundesrat angefochten werden.

66) Vgl. Ziff. 1.5. - 1.8. hievor.

67) Dies folgt aus Art. 101 lit. a OG; vgl. auch REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 57 ArG. Zum Ganzen ziehe Ziff. 3.1.2. nach N 45 hievor.

68) Zum Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils gemäss Art. 45 I VwVG vgl. Ziff. 1.5.2. nach N 24 hievor.

69) Vgl. Ziff. 3.1.2. nach N 46 hievor.

§ 33 VERFÜGUNGEN VON BUNDESARBEITSBEHÖRDEN

Innerhalb der Bundesverwaltung konzentriert sich die arbeitsgesetzliche Verfügungskompetenz grundsätzlich auf das BIGA; einzig ein kleiner Bereich der Verfügungsgewalt ist den Eidgenössischen Arbeitsinspektoraten und dem Arbeitsärztlichen Dienst vorbehalten (70). Andere Bundesbehörden kommen demnach nur als arbeitsgesetzliche Rechtspflegeinstanzen in Frage.

1. Arbeitsgesetzliche Verfügungen im einzelnen

1.1. VERFÜGUNGEN DER EIDGENÖSSISCHEN ARBEITSINSPEKTORATE UND DES ARBEITSAERZTLICHEN DIENSTES

Gemäss Art. 82 I ArGVO I können die genannten Behörden "gegenüber dem Arbeitgeber Anordnungen erlassen und ihn auffordern, die notwendigen Massnahmen zur Herbeiführung des vorschriftsgemässen Zustandes zu treffen". Solche Anordnungen sind aber grundsätzlich keine Verfügungen und können deshalb nicht angefochten werden.

Nur "Anordnungen von erheblicher Tragweite sind dem Arbeitgeber schriftlich zu bestätigen und der kantonalen Behörde zur Kenntnis zu bringen" (71). Durch die Art und Weise wie solche "Anordnungen von erheblicher Tragweite" in die Rechtsstellung ihrer Adressaten eingreifen, werden sie zu Verfügungen i.S. von Art. 5 VwVG, und ihre Anfechtbarkeit ist erstellt. Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass allein durch die schriftliche Bestätigung den Anforderungen, die das Bundesverwaltungsverfahrensgesetz an Form, Inhalt und Eröffnung

70) Vgl. vorne § 20 1.3. und 1.4.

71) Art. 82 II 1. Satz ArGVO I.

§ 33 1.1./1.2.

von Verfügungen stellt, nicht Genüge geleistet ist (72). Diese Verfügungskompetenzen der Eidgenössischen Arbeitsinspektorate und des Arbeitsärztlichen Dienstes sind auf deren Vollzugszuständigkeit gemäss Art. 80 und 81 ArGVO I beschränkt; ihre Grundlage ist Art. 51 I ArG.

An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass weder die Eidgenössischen Arbeitsinspektorate noch der Arbeitsärztliche Dienst Verfügungen mit Strafandrohung in eigener Kompetenz erlassen dürfen. "Werden ihre Anordnungen vom Fehlbaren nicht befolgt, so haben sie sich an die zuständige kantonale Vollzugsbehörde zu wenden, um diese zum Erlass einer Verfügung i.S. von (Art. 51 II ArG) zu veranlassen" (73).

1.2. VERFÜGUNGEN DES BIGA

Art. 55 ArG unterscheidet zwischen Unterstellungsverfügungen und anderen Verfügungen des BIGA; beide Kategorien sollen im folgenden bezüglich ihres Verfügungscharakters i.S. des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes und ihrer davon abhängigen Anfechtbarkeit untersucht werden.

72) Zu den weiteren Bedingungen vgl. vorne § 29 1.2.; als zusätzliches Inhaltserfordernis verlangt Art. 82 II 2. Satz ArGVO I noch eine Fristansetzung.

73) CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 2 zu Art. 51 ArG a.A.; vgl. auch Anm. 22 hievor.

1.2.1. Unterstellungsverfügungen

"Die besonderen Vorschriften des (Arbeits)Gesetzes für industrielle Betriebe sind auf den einzelnen Betrieb oder auf einzelne Betriebsteile nur anwendbar auf Grund einer Unterstellungsverfügung des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit..." (74). Folglich "finden die Sondervorschriften für industrielle Betriebe auf einen bestimmten Betrieb oder Betriebsteil nur Anwendung, wenn dieser Gegenstand einer rechtskräftigen Unterstellungsverfügung des BIGA geworden ist. Bis dahin gelten sie nicht, gleichgültig, ob der Charakter als industrieller Betrieb nach (Art. 5 II ArG) gegeben ist oder nicht" (75).

Den bundesamtlichen Unterstellungsverfügungen sind deren Aufhebung oder Aenderung gleichgestellt; das Verfahren wird in den Art. 15-19 ArGVO I geregelt. Da der Erlass solcher Verfügungen die Anwendbarkeit der arbeitsgesetzlichen Sondervorschriften für industrielle Betriebe unmittelbar nach sich zieht oder aufhebt, sind sie keine Feststellungsverfügungen i.S. von Art. 5 I lit. b VwVG, sondern rechtsgestaltende Verwaltungsakte i.S. von Art. 5 I lit. a oder c VwVG (76). Ihre Anfechtbarkeit ist folglich unzweifelhaft gegeben; was Inhalt, Form und Eröffnung dieser Unterstellungsverfügungen anbelangt, gilt jedoch nicht Art. 18 ArGVO I, sondern die allgemeine Regelung des VwVG (77).

74) Art. 5 I ArG.

75) REHBINDER, Arbeitsgesetz Anm. 3 zu Art. 5 ArG a.A.; eine Aufzählung dieser Sondervorschriften ist in Anm. 1 daselbst zu finden.

76) Vgl. JAGMETTI in HUG N 13 der Vorbemerkungen vor Art. 50 ArG a.E.; dies im Gegensatz zu den vorne § 32 1.4. behandelten Unterstellungsverfügungen kantonaler Arbeitsbehörden i.S. von Art. 41 III ArG.

77) Vgl. vorne § 29 1.2.

§ 33 1.2.2./1.2.3.

1.2.2. Arbeitszeitbewilligungen

Soweit die in Ziff. 1.2. des vorstehenden Paragraphen behandelten Arbeitszeitbewilligungen (78) für industrielle Betriebe i.S. des Arbeitsgesetzes beantragt werden, liegt die Verfügungskompetenz beim BIGA. Zusätzlich ist das Bundesamt zuständig für die Bewilligung einer "Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit um höchstens vier Stunden ... für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern oder bestimmte Betriebe ..." (79). Diese Verlängerungen der wöchentlichen Höchstarbeitszeit haben mit anderen Arbeitszeitüberschreitungen, wie sie sich z.B. aus Art. 12 ArG ergeben können, nichts zu tun (80). Der Verfügungscharakter solcher Arbeitszeitbewilligungen - und somit ihre Anfechtbarkeit - ist unbestreitbar.

1.2.3. Jugendarbeit

Basierend auf Art. 29 III ArG kann das BIGA i.A. von Art. 57 I ArGVO I Ausnahmbewilligungen für den arbeitsmässigen Einsatz Jugendlicher erlassen. Durch solche Bewilligungen, die aufgrund ihrer Wirkung Verfügungen i.S. von Art. 5 I VwVG sind, können die grundsätzlichen Jugendarbeitsverbote der Art. 54, 55 lit. b und 56 ArGVO I aufgehoben werden.

Auch diese bundesamtliche Zuständigkeit ist - wie die Aufzählung der an sich für Jugendliche verbotenen Arbeiten der Art. 54-56 ArGVO I zeigt - nicht auf industrielle Betriebe beschränkt (81).

78) Im einzelnen vgl. Anm. 10 hievor; Bewilligungen von Ueberzeit gemäss Art. 12 III ArG fallen allerdings immer in die Kompetenz der zuständigen Arbeitsbehörde.

79) Art. 9 IV ArG i.V. m. Art. 38 ArGVO I; diese bundesamtliche Verfügungskompetenz ist nicht auf industrielle Betriebe beschränkt (vgl. Art. 9 I ArG).

80) Vgl. HOLZER in HUG N 14 zu Art. 9 ArG.

81) Vgl. Anm. 79 hievor.

1.2.4. Verfügungen des arbeitsgesetzlichen Verwaltungszwanges

Laut Art. 53 I ArG kann die Bewilligungsbehörde, unabhängig vom Verfahren gemäss Art. 51 und 52 ArG, eine Arbeitszeitbewilligung, die nicht eingehalten wird, nach vorheriger schriftlicher Androhung aufheben und, wenn die Verhältnisse dies rechtfertigen, die Erteilung neuer Bewilligungen für eine bestimmte Zeit sperren. Aus der zitierten Norm erhellt, dass das BIGA im Rahmen seiner Arbeitszeitbewilligungskompetenz (82) auch über deren Entzug oder allfällige Sperren verfügt.

Dass dies "unabhängig vom Verfahren gemäss (Art. 51 und 52 ArG)" geschehen kann, ist besonders für das BIGA von Bedeutung, denn dieses wäre zum Erlass der betreffenden Massnahmen des arbeitsgesetzlichen Verwaltungszwanges gar nicht zuständig. Grundsätzlich gilt für das Bundesamt das vorstehend im Zusammenhang mit den Eidgenössischen Arbeitsinspektoraten und dem Arbeitsärztlichen Dienst Gesagte(83).

Der Verfügungscharakter einer solchen Verwaltungszwangsmassnahme ist im Lichte des Art. 5 I lit. c VwVG ebenso eindeutig nachweisbar, wie er der ihr vorausgehenden schriftlichen Androhung fehlt; entsprechendes gilt für die Anfechtbarkeit dieser Verwaltungsakte (84).

82) Vgl. Ziff. 1.2.2. hievor.

83) Vgl. Ziff. 1.1. vor N 73 hievor.

84) Vgl. vorne § 32 1.8. "Die Entzug oder Sperre von Arbeitszeitbewilligungen durch das BIGA vorangehende, mit Fristansetzung zur Nachachtung der erteilten Bewilligung verbundene Androhung jener Massnahmen kann dagegen weder mit Verwaltungsbeschwerde noch mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden, weil es sich nur um die (bedingte) Ankündigung einer Verfügung handelt, die nicht auf eine bindende Regelung eines bestimmten verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisses gerichtet, also nicht Verfügung i.S. von (Art. 5 und 44 VwVG bzw. Art. 97 I OG) ist" (CANNER/SCHOOP, Arbeitsgesetz Anm. 5 zu Art. 55 ArG S. 231/232).

§ 33 2./2.1.

2. Anfechtung der arbeitsgesetzlichen Verfügungen im Bund

Das Arbeitsgesetz befasst sich in seinem Art. 55 nur mit Verfügungen des BIGA; die in Ziff. 1.1. hievor behandelten "Androhungen von erheblicher Tragweite" der Eidgenössischen Arbeitsinspektorate und des Arbeitsärztlichen Dienstes i.S. von Art. 82 II ArGVO I werden in Art. 55 ArG nicht erwähnt.

2.1. VERFUEGUNGEN DER EIDGENOESSISCHEN ARBEITSINSPEKTORATE UND DES ARBEITSAERZTLICHEN DIENSTES

Art. 82 III ArGVO I bestimmt, dass gegen solche Verfügungen (Verwaltungs)Beschwerde an das Bundesamt erhoben werden könne; damit wäre der Anfechtende in das verwaltungsinterne arbeitsgesetzliche Rechtspflegeverfahren verwiesen. Die Rechtspflegekompetenz irgendeiner Bundesbehörde muss sich aber heute aus VwVG/OG ableiten lassen, denn diese Gesetze entscheiden über die Aufteilung der Zuständigkeiten in der arbeitsgesetzlichen Verwaltungsrechtspflege.

Für einmal ist jedoch nicht der Sachkatalog der Art. 99-101 OG massgebend, sondern zuerst muss Art. 98 OG herangezogen werden, denn diese Norm zählt die Vorinstanzen auf, gegen deren Verfügungen Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht direkt zulässig ist. Die hier zur Debatte stehenden Behörden lassen sich aber - wenn überhaupt - nur unter die "den Departementen ... unterstellten Dienstabteilungen ..." i.S. des Art. 98 lit. c OG subsumieren. Abgesehen davon, dass diese Zuordnung wohl kaum haltbar wäre (85), müsste die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen erstinstanzliche Verfügungen besagter Behörden gemäss zitierter Vorschrift bundesrechtlich vorgesehen sein.

85) Sind doch die Eidgenössischen Arbeitsinspektorate und der Arbeitsärztliche Dienst dem BIGA unterstellt (vgl. Art. 42 IV ArG) und somit höchstens mittelbar dem EVD, das seinerseits dem Bundesamt übergeordnet ist.

Dieses Erfordernis erfüllt nun aber Art. 82 III ArGVO I gerade nicht, womit zumindest die direkte Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen i.S. von Art. 82 II ArGVO I auf jeden Fall ausgeschlossen ist.

Innerhalb der Bundesverwaltung muss jedoch die funktionell zuständige Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nach Art. 47 I VwVG ermittelt werden. Der in Art. 47 I lit. a VwVG als Beschwerdeinstanz an erster Stelle genannte Bundesrat kommt nicht in Frage, da sich die Eidgenössischen Arbeitsinspektorate und der Arbeitsärztliche Dienst als verfügende Behörden unter keinem Titel dem Art. 72 VwVG zuordnen lassen. Folglich greift Art. 47 I lit. b VwVG Platz, der auf "andere Instanzen (verweist), die das Bundesrecht als Beschwerdeinstanzen bezeichnet" (86).

Der Beschwerdeentscheid des BIGA seinerseits ist gemäss Art. 5 II VwVG wieder eine Verfügung und fällt damit unter Art. 55 ArG. Wie es sich folglich mit dem Weiterzug dieser bundesamtlichen Verfügungen verhält, wird anschliessend gezeigt werden.

86) Vgl. vorne § 21 1.4.; zum selben Resultat käme man in Ermangelung von Art. 82 III ArGVO I auch über Art. 47 I lit. c VwVG.

2.2. VERFUEGUNGEN DES BIGA

2.2.1. Unterstellungsverfügungen

Art. 55 I ArG statuiert die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht als direktes Rechtsmittel gegen bundesamtliche Unterstellungsverfügungen i.A. von Art. 5 I ArG. Dadurch wird – wie bereits gezeigt worden ist – das BIGA zur Vorinstanz i.S. von Art. 98 lit. c OG (87); ob das Bundesverwaltungsgericht aber auch sachlich zuständig ist, beurteilt sich wiederum nach dem Ausnahmenkatalog der Art. 99–101 OG. Da keine der zu prüfenden Ausschlussvorschriften auf Unterstellungsverfügungen des BIGA anwendbar ist, bleibt es bei der Rechtspflegekompetenz des Bundesgerichts gemäss Art. 55 I ArG.

2.2.2. Andere Verfügungen

Art. 55 II ArG bestimmt, dass gegen andere Verfügungen des Bundesamtes die Verwaltungsbeschwerde an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement zulässig sei. Durch diese Vorschrift wird allerdings nicht die durch Art. 99–101 OG vorzunehmende Sachkompetenzausscheidung vorweggenommen, sondern grundsätzlich nur das Kriterium der Vorinstanzlichkeit des BIGA i.S. von Art. 98 OG nicht erfüllt (88); in der Folge bleibt es vorerst bei der verwaltungsinternen Rechtspflege im Zusammenhang mit den in Art. 55 II ArG nicht weiter definierten "anderen Verfügungen" des BIGA.

Bezüglich der funktionellen Zuständigkeit des EVD als Rechtsmittelinstanz ist weiter vorne bereits alles gesagt worden (89). Darzustel-

87) Vgl. vorne § 21 1.1. nach N 70.

88) Vgl. vorne § 21 1.3. nach N 89 sowie Ziff. 2.1. hievor; beachte aber die wichtige Ausnahme in Ziff. 2.2.2.3. hienach.

89) Vgl. vorne § 21 1.3.

len bleibt demnach nur noch die an den jeweiligen Beschwerdeentscheid des EVD (90) anschliessende Rechtspflege. Dabei ist davon auszugehen, dass das EVD Vorinstanz i.S. von Art. 98 lit. b OG und Art. 72 lit. a VwVG ist, womit sich das Problem der Kompetenzausscheidung zwischen Bundesgericht und Bundesrat als Rechtsmittelinstanzen – wieder einmal – auf den Ausnahmenkatalog der Art. 99–101 OG konzentriert.

2.2.2.1. Arbeitszeit- und Jugendarbeitsbewilligungen (91)

Arbeitszeitbewilligungen fallen aufgrund ihres materiellen Gehalts unter keine Ausschlussnorm der Art. 99–101 OG, weshalb auch gegen die verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung der Beschwerdeentscheide des EVD über solche Verfügungen des BIGA nichts einzuwenden ist. Entsprechendes muss für departementale Beschwerdeentscheide über Jugendarbeitsverfügungen des Bundesamtes gelten (92).

2.2.2.2. Verfügungen des arbeitsgesetzlichen Verwaltungszwanges

Auch hiezu kann auf die Erörterung der diesbezüglichen Problematik in Ziff. 3.1.2. des vorstehenden Paragraphen verwiesen werden, wobei allerdings zu beachten ist, dass das BIGA einzig Verfügungen des arbeitsgesetzlichen Verwaltungszwanges i.A. von Art. 53 I ArG erlassen kann (93). Folglich beschränken sich auch die anfechtbaren Beschwerdeentscheide des EVD auf diesen Bereich.

90) Auch diese Beschwerdeentscheide sind Verfügungen i.S. von Art. 5 II VwVG.

91) Vgl. Ziff. 1.2.2. und 1.2.3. hievor.

92) Dies wurde bezüglich der Arbeitszeit- und Jugendarbeitsbewilligungen kantonaler Behörden sowie der entsprechenden Rekursentscheide vorne § 32 3.1.1. bereits gesagt.

93) Vgl. Ziff. 1.2.4. hievor.

§ 33 2.2.2.3.

2.2.2.3. Beschwerdeentscheide des BIGA

Beschwerdeentscheide des BIGA gegen Verfügungen der Eidgenössischen Arbeitsinspektorate oder des Arbeitsärztlichen Dienstes (94) sind grundsätzlich einmal mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar, denn als Rechtsmittelbehörde ist das BIGA eine Vorinstanz i.S. des Art. 98 lit. c OG. Ob die verwaltungsexterne Rechtspflege aber wirklich zum Zuge komme, beurteilt sich im Endeffekt nach dem sachlichen Gehalt der "Anordnung mit erheblicher Tragweite" gemäss Art. 82 II ArGVO I. Ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde i.A. einer der Ausschlussnormen von Art. 99-101 OG nicht gegeben, bleibt dem Rechtssuchenden immer noch die Verwaltungsbeschwerde an das EVD.

Gegen den diesbezüglichen Beschwerdeentscheid des EVD ist dann allerdings aus den selben Gründen, die eine verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung des bundesamtlichen Beschwerdeentscheides nicht zuliesen, dieses Rechtsmittel wieder nicht gegeben. Deshalb ist der Weg der Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat offen; dies folgt aus Art. 72 lit. a i.V.m. 74 lit. a (argumentum e contrario) VwVG.

94) Vgl. Ziff. 2.1. nach N 86 hievor.

SCHLUSSBEMERKUNGEN

Ein Gesetz wie das ArG, das dem Schutz einer grossen Bevölkerungsgruppe zu dienen hätte, sollte leicht verständlich und praktikabel sein. In den an vielen Stellen mehrdeutigen Formulierungen und dem mehr oder weniger systemlosen Aufbau liegt ein grundsätzlicher Mangel des Arbeitsgesetzes. Zudem ist zu kritisieren, dass der überwiegende Teil der Gesetzgebung im Bereich des öffentlichrechtlichen Arbeitsschutzes auf dem Verordnungswege erfolgte.

Diese legislatorisch unbefriedigende Situation wird durch das - nicht nur für Laien - beinahe undurchdringbare Gestrüpp der anzuwendenden Rechtspflegeverfahren noch verschlimmert. Die arbeitsgesetzliche Verwaltungsrechtspflege verschliesst sich durch das Mit- und Gegeneinander der verschiedenen kantonalen und bundesrechtlichen Vorschriften dem Zugriff des Rechtsuchenden. Ausserdem bestehen durch die den Ständen im Arbeitsgesetz eingeräumten Kompetenzen durch nichts zu rechtfertigende Ungleichheiten im Vollzug des Arbeitsgesetzes und in der Ausgestaltung seiner Rechtspflege.

Der grösste Mangel des Arbeitsgesetzes und seiner Verwaltungsrechtspflege liegt aber wohl darin, dass der Einzelne - wenn er sich schon auf das Wagnis der Anrufung einer Arbeitsbehörde eingelassen hat - einer allfälligen Kündigung seines Arbeitsverhältnisses schutzlos ausgeliefert ist. Die (Not)Lösung über die Beschwerdelegitimation der Arbeitnehmerverbände kann in der Praxis vielleicht helfen. Sie verstärkt allerdings auch den Eindruck, dass arbeitsgesetzlicher Schutz im grossen ohne Rechtsschutz im kleinen nicht mehr wert ist als ein Messer ohne Schneide.

Das Arbeitsgesetz bedarf daher dringend einer umfassenden Revision, bei der folgende Schwerpunkte zu beachten wären:

1. Integration der auf dem Verordnungswege erlassenen Vorschriften in das Bundesgesetz.
2. Redaktionelle und systematische Klarheit des Erlasses.

3. Eindeutige und gesamtschweizerisch geltende Normierung der Verwaltungsrechtspflege.
4. Einführung eines gesetzlichen Kündigungsschutzes im Anschluss an eine Anrufung arbeitsgesetzlicher Schutzvorschriften.

Lebenslauf

Geboren am 27. März 1955 in Zürich, lebte ich bis 1964 mit meiner Familie in Fürth/Bayern, wo ich auch die ersten zwei Klassen der Volksschule besuchte. Nach unserer Rückkehr ging ich in Zürich in die Primarschule und anschliessend in das Realgymnasium Zürichberg/Rämibühl. 1974 schloss ich das Gymnasium mit der Matura Typ B ab und begann noch im selben Jahr mein Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich.

Nachdem ich am 18. Juni 1980 zum Lizentiaten der Rechtswissenschaft promoviert worden war, reiste ich für einige Zeit durch die Vereinigten Staaten von Amerika. Anfangs Oktober 1980 begann ich dann als Substitut im Advokaturbüro Dres. Gayler, Neuer & Partner, Zürich, zu arbeiten. Neben der Arbeit verfasste ich diese Dissertation und bereitete mich anschliessend auf die Anwaltsprüfung vor, deren schriftliches Examen ich am 10. Dezember 1982 bestanden habe. Am 23. Februar 1983 erfolgte meine Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft.

